Der
Minderkaufmann

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Ado Baeßler

Referendar in Leipzig.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Otto Wigand

Verlagsbuchhandlung und Buchdruckerei m. b. H.

Leipzig 1910.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Allgemeines 11
§ 1. Der Kaufmannsbegriff 11
§ 2. Die Begründung der Kaufmannseigenschaft . . 18
§ 3. Die Arten der Kaufleute 20
§ 4. Der Minderkaufmann nach dem Alten und Neuen Handelsgesetzbuch 21
B. Der Begriff des Minderkaufmanns 26
Der Handwerker 26
§ 5. Der Begriff Handwerker 26
§ 6. Ist jeder Handwerker Minderkaufmann? . . . 38
Der Kleingewerbetreibende 45
§ 7. Der Begriff Kleingewerbetreibender 45
§ 8. Ist jeder Kleingewerbetreibende Minderkaufmann? 55
§ 9. Die Befugnisse der Landesregierungen 58
C. Die Rechtsstellung des Minderkaufmanns 64
§ 10. Die auf die Minderkaufleute anwendbaren Vorschriften 64
§ 11. Die auf die Minderkaufleute nicht anwendbaren Vorschriften 67
a) Die Firma 67
b) Die Prokura 76
c) Die Handelsbücher 77
d) Die §§ 348—350 HGB. 80
e) Sonderstellung der Minderkaufleute in anderen Gesetzen 81

§ 12. Der zu Unrecht im Handelsregister eingetragene Minderkaufmann 83
§ 13. Die Gesellschaften der Minderkaufleute . . . 92
§ 14. Vollkaufmann und Minderkaufmann in einer Person 95

Literaturverzeichnis

(und Abkürzungen).

Abraham, J.: Die Kaufmannseigenschaft des Handwerkers. Diss. Berlin.

Adler u. Clemens: Sammlung von Entscheidungen z. HGB. Wien 1868 ff.

AHGB.: Das bis 1. Januar 1900 geltende Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch.

Ann.d.Dt.Reichs: Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft, begr. von Th. Eheberg u. R. Dyroff. München 1907 Nr. 9.

Anschütz-Völderndorff: Kommentar zum ADHGB. von Dr. A. Anschütz und Dr. O. Frhr. von Völderndorff. 2. Aufl. besorgt von Allfeld. Erlangen 1895.

Apt I: Gutachten der Aeltesten der Kaufmannschaft in Berlin. I. Folge. Berlin 1904. Carl Heymanns Verlag.

Apt II: Dasselbe. II. Folge. Berlin 1905.

Arch.f.BR.: Archiv für Bürgerliches Recht.

Arch.Ziv.Prax.: Archiv für zivilistische Praxis.

Bad.Rspr.: Badische Rechtspraxis.

Bad.Verw.Z.: Zeitschrift für badische Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege.

Bang: Die Stellung der Handwerker nach dem Handelsgesetzbuch. Diss. Leipzig 1904.

BankArch.: Bank-Archiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen.

BankG.: Bank-Gesetz vom 14. 3. 1875.

Bay.OBLGZ.: Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts.

Behrend: Lehrbuch des Handelsrechts von Dr. J. F. Behrend. Berlin 1899.

BGB.: Das Bürgerliche Gesetzbuch.

Bolze: Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen. Leipzig.

Bovensiepen: Der Minderkaufmann und sein Recht. Halle 1905.

Bücher: Die Entstehung der Volkswirtschaft. 4. Aufl. 1904.

Buchka: v. Buchka, Fr. Oetker, K. Lehmann. CPO. KO. HGB. 1899.

Busch-Arch.: Archiv für Theorie und Praxis des Allgem. deutschen Handels- und Wechselrechts. Bd. 2. Leipzig 1864.

Conrad: Jahrbücher für National-Ökonomie und Statistik gegr. von Hildebrandt, von J. Conrad, E. Löning, W. Lexis. 3. Folge. 28. Bd. 6. Heft. 1904.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts. 5. und 6. Aufl. Stuttgart 1900.

Denkschr. I: Denkschrift zum 1. Entwurf eines HGB., publiziert im Juni 1896. Berlin.

Denkschr. II: Denkschrift zum 2. Entwurf in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage. Berlin 1897.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens. Band 1. 2./3. Aufl. Halle.

Dep.G.: Gesetz betr. Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 5. 7. 1896.

DJZ.: Deutsche Juristen-Zeitung.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897. 2. Aufl. Mannheim 1908.

Entw. I: Der erste im Juni 1896 publizierte Entwurf eines HGB. Berlin.

Entw. II: Der zweite Entwurf eines HGB. in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage. Berlin 1897.

EG.HGB.: Das Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897.

Endemann: Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Bd. 1. Tübingen 1881/85.

FGG.: Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. 5. 1898.

Frankenberger: Das Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich mit Ausnahme des Seerechts. München 1899.

Fürstenheim: Der Kaufmannsbegriff in der Handelsgesetzgebung des Erdballs. Diss. Heidelberg 1908.

Gareis: Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897. 3. Aufl. München 1904.

Gareis-Fuchsberger: Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch von Dr. C. Gareis und O. Fuchsberger. Berlin 1891.

Gaupp-Stein: Zivilprozeßordnung. 8./9. Aufl. Tübingen 1906.

Gen.G.: Gesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften in der Fassung vom 20. 5. 1898.

Gew.O.: Gewerbeordnung.

Goldmann: Das Handelsgesetzbuch. Bd. 1. Berlin 1901.

Goldschmidt: Handbuch des Handelsrechts. 2. Aufl. Stuttgart 1875.

Goltd.Arch.: Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. Begr. von Goltdammer.

Grotefendt: Vollkaufmann und Minderkaufmann nach dem Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897. Diss. Erlangen 1899.

Gruchots Beitr.: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Begr. von Gruchot. Berlin. Der ganzen Reihe Jhrg. 44.

GVG.: Gerichtsverfassungsgesetz in der Fassung vom 20. 5. 1898.

HGB.: Das Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897.

Hahn: Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. 4. Auflage. Braunschweig 1894.

Hans.GZ.: Hanseatische Gerichts-Zeitung.

Helmecke: Der Begriff des Minderkaufmanns. Diss. Leipzig 1906.

Hemptenmacher: Börsengesetz erläutert von Th. Hemptenmacher. 2. Aufl. Berlin 1908.

Hess.Rspr.: Hessische Rechtsprechung.

Holdh.: Monatsschr. f. Handelsrecht und Bankwesen, v. Holdheim.

Immerwahr: Der Minderkaufmann. Diss. Rostock 1893.

Jakobsen: Die Minderkaufleute nach dem HGB. vom 10. 5. 1897. Diss. Leipzig 1901.

Jahrb.f.Nat.Ö.: Jahrbuch für National-Ökonomie. 28. Bd. 5. und 6. Heft. 1904.

Jaeger: Die Konkursordnung, erläutert von Prof. Dr. E. Jaeger. 2. Aufl. Berlin 1904.

Jelin: Der Begriff des Kaufmanns nach dem Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897. Diss. Tübingen 1902.

Jherings J.: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.

JW.: Juristische Wochenschrift.

Keyssner: Allgem. Deutsches Handels-Gesetzbuch. Stuttgart 1878.

KG.: Kammergericht.

KGJ.: Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

KO.: Konkursordnung.

Könige: Der Minderkaufmann nach dem Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897. Berlin 1899.

Lastig: Der Gewerbetreibenden Eintragungspflicht zum Handelsregister und Beitragspflicht zur Handelskammer und Handwerkskammer. Halle 1903.

Lehmann-Ring: Kommentar zum HGB. Berlin 1902.

Lenz: Der Kaufmann und das Handelsregister. Frankfurt a. M. 1905.

Litthauer: Das Alte Deutsche Handelsgesetzbuch. 9. Aufl. 1897.

LitthauerHGB.: Das Handelsgesetzbuch. 11. Aufl. 1900.

Lpz.Ztschr.: Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht von Düringer, Jaeger und Könige. München 1907 ff.

Mat.: Die gesamt. Materialien v. d. Reichsjustizgesetzen, v. Hahn, Mugdan. Mat. HGB. 6. Bd. 1897.

Makower: Kommentar zum HGB. Bd. 1. 12. Aufl. Berlin 1898.

Meckl.Ztschr.: Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft.

Mühlmann, G.: Der Minderkaufmann. Diss. Leipzig 1906.

OLG.: Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Herausg. von Falkmann und Mugdan, Leipzig.

Philippovich: Grundriß d. polit. Ökonomie. Bd. 1. 5. Aufl. 1904.

Plange: Der Minderkaufmann. Diss. Leipzig 1903.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 1. 3. Aufl. Berlin 1904.

Pos.M.Schr.: Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen.

Pr.OVG.: Preußisches Oberverwaltungsgericht und dessen Entscheidungen.

Pruggmayer: Die Begriffe Handelsgeschäft und Kaufmann nach altem und neuem Recht. Diss. Leipzig 1905.

Puchelt-Förtsch: Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. 4. Aufl. Leipzig 1894.

Recht: Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand. Herausg. von Th. Soergel, Hannover.

Reger: Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden aus dem Gebiet des auf reichsgesetzlichen und gemeinrechtlichen Bestimmungen beruhenden Verwaltungs- und Polizeistrafrechts. 1892.

RG.: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Riedemann, E.: Der Minderkaufmann. Diss. Leipzig 1909.

RGSt.: Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Richter: Die Erlangung der Kaufmannseigenschaft nach dem alten und neuen Handelsgesetzbuche. Diss. Leipzig 1905.

Ritter: Die allgemeinen Lehren des Handelsrechts. Berlin 1900.

Ritter HGB.: Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts. Bd. 1. Berlin 1909.

RJA.: Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchsrechts; zusammengestellt vom Reichsjustizamt. Berlin 1900 ff.

RKommBer.: Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf des BGB.

ROHG.: Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Rudorff: Das Handelsgesetzbuch mit Erläuterungen. Stuttgart 1898.

Sächs.Arch.: Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. Leipzig.

Sachse: Der Minderkaufmann und § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB. Diss. Leipzig 1908.

Seuff.A.: J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte.

Striethorst: Arch. für Rechtsfälle des Königlichen Ober-Tribunals.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 8. Aufl. Berlin 1906 (auch 6./7. Aufl.).

Stern: Der Handelsname des Minderkaufmanns. Diss. Marburg 1906.

StGB.: Strafgesetzbuch.

StPO.: Strafprozeßordnung.

Thoel: Das Handelsrecht. Bd. 1. Leipzig 1875.

UWG.: Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 7. 6. 1909.

Warneyer: Jahrbuch der Entscheidungen usw. Leipzig.

Weiss: Über den Begriff des Minderkaufmanns. Diss. Leipzig 1905.

WO.: Wechselordnung.

Württ.J.: Jahrbuch der Württembergischen Rechtspflege.
WZG.: Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnung vom 12. 5. 1894.
Zech: Der Minderkaufmann. Diss. Leipzig 1909.
ZHR.: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Begr. v. L. Goldschmidt.
ZschrZP.: Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß von Schultzenstein und Vierhaus. Bd. 27.
ZBlFG.: Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat sowie Zwangsversteigerung.
ZPO.: Zivilprozeßordnung.

A. Allgemeines.

§ 1.

Der Kaufmannsbegriff.

Um den Begriff des Minderkaufmanns systematisch darlegen zu können, bedarf es vorerst einer kurzen Behandlung des Kaufmannsbegriffes. Denn nur wer Kaufmann ist, kann unter gewissen weiteren Voraussetzungen Minderkaufmann sein.

An der Spitze des Handelsgesetzbuches steht die Bestimmung: „Kaufmann .... ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt" (§ 1 Abs. 1).

Darnach ist dreierlei für den Begriff Kaufmann erforderlich: ein Handelsgewerbe, ein Betreiben desselben und endlich ein Betreibender.

a) Das Handelsgewerbe stellt sich als Unterart von Gewerbe überhaupt dar. Das Gesetz selbst enthält keine Definition [1]) dieses Begriffes, überläßt die Fixierung vielmehr der Doktrin und dem allgemeinen Sprachgebrauch [2]).

Gewerbe ist eine auf dauernden Erwerb und Gewinn

---

1) Vgl. die verschiedenen Definitionen bei Goldschmidt S. 455 A. 13.

2) In der Nürnberger Kommission wurde angeregt, den Begriff Gewerbe gesetzlich festzulegen, damit man wisse, ob dazu nötig sei, aus dem Betreiben des Geschäftes einen Nahrungszweig zu machen oder nur dasselbe häufig zu betreiben usf. Die Konferenz trat jedoch in die Präzisierung gar nicht ein, „da man die Aufstellung einer zutreffenden allgemeinen Begriffsbestimmung für untunlich und den Ausdruck ‚gewerbsmäßig' für populär genug hielt, um einer gerechten Anwendung im einzelnen Falle versichert sein zu können" (Prot. S. 1306).

abgestellte gleichartige Tätigkeit, die nach außen als solche auftritt und nicht eine künstlerische oder wissenschaftliche ist [3]).

Der Begriff kennzeichnet sich also durch Merkmale teils positiver, teils negativer Natur [4]).

Unter die ersteren fällt die Absicht, aus der Tätigkeit selbst eine dauernde Erwerbsquelle zu machen [5]). Ist Gewinnerzielung nicht gewollt, sondern nur Deckung der aufgelaufenen Kosten und Auslagen — so allermeist z. B. bei Offizierskasinos [6]) — so liegt Gewerbsmäßigkeit nicht vor [7]). Ebensowenig wenn tatsächlich Überschüsse gemacht werden, ohne daß Gewinn beabsichtigt ist [8]). So betreibt kein Gewerbe beispielsweise ein Privatmann, der Kohlen oder Lebensmittel in großen Quantitäten einkauft, um sie zum Selbstkostenpreise den Armen in kleinen Mengen abzulassen. — Andrerseits genügt, daß die Gewinnabsicht die den Betrieb als ganzen beherrschende Tendenz ist. Nicht braucht der Wille Gewinn zu erzielen, bei jedem Geschäfte zu Tage zu treten [9]). Mithin büßt ein Unternehmen die Qualität als Gewerbe nicht ein, bei dem einzelne Geschäfte nichts einbringen oder selbst einen Vermögensverlust zur Folge haben, wie Gratifikationen des Chefs an das Personal oder Ausverkäufe zu herabgesetzten

---

3) Vgl. RG. Bd. 28 S. 20; RGSt. Bd. 27 S. 227; JW. 1894 S. 19, 1899 S. 282; KG.Rspr. Bd. 9 S. 239 und Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 103 A. 3 zu § 1; Lehmann-Ring Bd. 1 S. 3 Nr. 3 zu § 1; Gareis § 1 A. 3.

4) Vgl. Goldmann S. 2; Ritter S. 12.

5) Vgl. Denk. II. Entw. S. 13, ROHG. Bd. 22 S. 303; JW. 1894 S. 19.

6) Vgl. Ritter S. 12; auch ROHG. Bd. 5 S. 210.

7) Vgl. OLG. Bd. 9 S. 17; RJA. Bd. 4 S. 203; auch RG. Bd. 37 S. 297, Bd. 38 S. 22; Striethorst Bd. 58 Nr. 64.

8) Vgl. RJA. Bd. 4 S. 205; Hans.GZ. 1909 S. 95; ZBlFG. Bd. 2 S. 454.

9) RG. Bd. 33 S. 110.

Preisen [10]). Auch braucht der Erwerb nicht der Endzweck zu sein.

Irrelevant ist es, wem der erstrebte Gewinn zukommen [11]) und welchen Zwecken, ob öffentlichen, gemeinnützigen oder wohltätigen er dienen soll.

Unerheblich ist es sogar, ob tatsächlich Verdienst erreicht wird oder nicht. Die Erwerbsabsicht allein ist entscheidend. Nur darf diese nicht vorübergehend, sondern muß dauernd bestehen [12]). Deshalb muß die gewinnbringende Tätigkeit selbst den Charakter des kontinuierlichen, regel- und planmäßigen tragen [13]). „Der Wille muß von vornherein auf den Abschluß einer ganzen Reihe von ein zusammengehöriges Ganze bildenden Geschäften gerichtet sein“ [14]). Es reicht nicht aus, nur bei sich bietender Gelegenheit eine lukrative Tätigkeit zu entfalten. Der Umstand, daß jemand, wenn auch noch so oft gegen Entgelt Botendienste leistet, macht ihn noch nicht zum gewerbsmäßigen Boten; er kann ja jeden einzelnen Dienst immer noch als Gelegenheitsdienst auffassen [15]).

Der Erwerbswille muß eben einheitlich sein, nicht aber braucht er auf lange Zeit hin sich auszudehnen. Auch eine relativ kurze Zeit z. B. die Dauer einer Kunstausstellung begründet Gewerbsmäßigkeit, wenn nur der Abschluß eines

---

10) Das letztere kann seinen Grund haben in veränderter Konjunktur oder in dem Willen, neue Kunden heranzuziehen.

11) Vgl. Reger Bd. 10 S. 161; Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 103 A. 4 zu § 1; Ritter S. 12; Behrend S. 102; Puchelt Bd. 1 S. 16 Nr. 4; auch ROHG. Bd. 3 S. 407; Mugdan-Falkmann Bd. 9 S. 241.

12) Vgl. RG. Bd. 38 S. 20, Bd. 39 S. 137; JW. 1899 S. 282; auch Bolze Bd. 2 Nr. 712; ROHG. Bd. 3 S. 407, Bd. 13 S. 310, Bd. 14 S. 118, Bd. 15 S. 252, Bd. 22 S. 386.

13) Vgl. Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 103, A. 3 zu § 1; Cosack S. 23.

14) Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 103 A. 3 zu § 1. Vgl. JW. 1894 S. 19, 1896 S. 701; RG. Bd. 38 S. 20, Bd. 39 S. 137.

15) Vgl. Cosack S. 27; Bolze Bd. 2 Nr. 712.

ganzen Komplexes zusammenhängender Geschäfte — ein Bilderhandel — beabsichtigt ist [16]). Ob der Betrieb tatsächlich so lange dauert und den erhofften Gewinn bringt, ist unerheblich; maßgebend ist nur der auf beides gerichtete Wille. Darum begründet der Abschluß selbst eines einzigen Geschäftes ein Gewerbe, wenn es nur von der Absicht regelmäßiger gleichartiger Tätigkeit getragen wird [17]).

Diese Tätigkeit muß in jedem Falle nach außen hin erkennbar sein [18]). Derjenige, der durch einen Kommissionär oder Bankier dauernd still Spekulationsgeschäfte macht, ist nicht Gewerbetreibender; denn er manifestiert seinen auf fortgesetzten Betrieb gerichteten Willen nicht dem Publikum. Die Art, in der dies geschehen kann, ist verschieden: so können Plakate, Firmenschilder, Anmeldung zum Handelsregister [19]), Versendung von Prospekten, Adreßkarten, Preislisten [20]), Unterzeichnung eines Wechsels mit Firma [21]) diese Absicht kund tun [22]). Staub u. a. [23]) legen auf die Offenkundigkeit des Betriebes kein Gewicht. Dagegen spricht die Frage, wie denn dann das Publikum den Erwerbswillen erkennen soll, wenn der Betreibende nicht auch als Geschäftsmann äußerlich auftritt [24]).

Diesen drei positiven Momenten des Gewerbebegriffs: Gewinnabsicht, planmäßige Tätigkeit und offene Kundgabe

16) Vgl. Cosack a. a. O.; Düringer-Hachenburg a. a. O.

17) Vgl. ROHG. Bd. 12 S. 413; RG. Bd. 10 S. 102; RGSt. Bd. 27 S. 227; JW. 1899 S. 282; Reger Bd. 1 S. 46, Bd. 2 S. 316, Bd. 5 S. 285.

18) So auch ROHG. Bd. 3 S. 407, Bd. 9 S. 436, Bd. 17 S. 158, Bd. 22 S. 303; ZHR. Bd. 37 S. 525; Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 104 A. 5 zu § 1; Cosack S. 23; Lehmann-Ring Bd. 1 S. 5 Nr. 7 zu § 1; Goldmann S. 3; Makower S. 6; Anschütz-Völderndorff S. 31 A. 16 zu Art. 4.

19) Vgl. Ritter, HGB. Bd. 1 S. 2 A. 2a zu § 1.

20) Vgl. Bolze Bd. 3 S. 240.

21) Vgl. ROHG. Bd. 1 S. 132, Bd. 12 S. 413.

22) Vgl. RGSt. Bd. 24 S. 426; JW. 1895 S. 228.

23) Staub S. 31 A. 12 zu § 1; Rudorff HGB. S. 2; Ritter S. 12.

24) Vgl. JW. 1894 S. 19, 1899 S. 242.

derselben steht als viertes ein negatives Moment gegenüber. Es ergibt sich dieses aus dem Wesen des Gewerbes als einer wirtschaftlichen Tätigkeit[25]). Nimmt die Tätigkeit einen höheren Charakter an, fällt sie in das Bereich der Kunst und Wissenschaft, so ist sie nicht als eine gewerbliche zu bezeichnen. Somit üben Rechtsanwälte, Ärzte, Bildhauer, Maler, Komponisten, Schriftsteller, Schauspieler usw. kein Gewerbe aus[26]). Denn wenn diese mit ihrer Tätigkeit auch eine Erwerbsabsicht verfolgen, so tritt diese doch so weit zurück, daß zwar von einem Beruf, nicht aber von einem Gewerbe sich reden läßt[27]).

Treffen diese vier Voraussetzungen zusammen, so liegt ein Gewerbe vor. Daran ändert auch nichts, daß es nicht als vorzugsweiser Nahrungszweig oder gar nebensächlich betrieben wird, z. B. wenn ein Offizier eine ererbte Fabrik durch einen Direktor weiterführen läßt.

Die Frage, wann ein Gewerbe nun zum Handelsgewerbe

---

25) Vgl. Gareis HGB. S. 5 A. 3 zu § 1.

26) Daß auch Rechtanwälte, Ärzte (Zahnärzte, Tierärzte) darunter zu bringen sind, kann nicht zweifelhaft sein. Goldmann, S. 3, gründet seine gegenteilige Auffassung auf die Gewerbeordnung, welche diese Personen ausdrücklich (§ 29 Gew.O.) den Gewerbetreibenden zuweise (vgl. auch Gew.O. §§ 6, 29, 30, 50a, 80, 147). Er übersieht jedoch, daß die Bestimmungen der Gew.O. für den Begriff des Gewerbes im Handelsrecht nicht maßgebend sind; die Ärzte übrigens sind der Gewerbeordnung keineswegs in jeder Beziehung unterstellt. (§ 6 A. 1 Gew.-O.) (Vgl. Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 106 A. 7 zu § 1; Staub S. 30 A. 9 zu § 1; Dernburg, BGB. Bd. 1 § 95.) Auch sagte die Denkschr. zum HGB.: „Gewerbliches Unternehmen braucht im Gesetz nicht näher erläutert zu werden. Schon vermöge der Bedeutung, welche ihm im allgemeinen Sprachgebrauch zukommt, genügt es, um die Ausübung der Kunst, der Rechtsanwaltschaft, des ärztlichen Berufes usw. auszuschließen“ (Hahn, Mat. 197).

27) Vgl. Lehmann-Ring Bd. 1 S. 4 Nr. 6 zu § 1; Staub S. 30 A. 9 zu § 1; RG. Bd. 64 S. 155, Bd. 66 S. 143; JW. 1902 S. 228; DJZ. 1898 S. 33.

wird, beantwortet uns das Gesetz selbst in seinen §§ 1 Abs. 2, 2 und 3, worauf weiter unten eingegangen werden wird.

b) Weiter ist zum Kaufmannsbegriff das Betreiben eines Handelsgewerbes nötig. Es betreibt derjenige ein Gewerbe, in dessen Namen die darin vorkommenden Geschäfte abgeschlossen werden [28]), den somit die rechtlichen Folgen unmittelbar treffen [29]). Also das nominelle Innehaben des Geschäftes ist das bedeutsame Kriterium. Contrahiert der Vormund als Vertreter des Mündels, so ist dieses, nicht er Kaufmann. — Nicht fällt ins Gewicht, auf wessen Rechnung das Geschäft geht [30]). Führt der Vormund das Geschäft im eigenen Namen, wenn auch auf Rechnung des Mündels, so betreibt allein er ein Gewerbe [31]) [32]). Es ist also auch nicht von Belang, ob dem Unternehmer das Betriebsvermögen gehört, ja er braucht nicht einmal kapitalistisch beteiligt zu sein, oder sonst irgendwelches Risiko zu tragen. Selbst die völlige wirtschaftliche Abhängigkeit von einem Dritten berührt die Selbständigkeit des Betreibenden nicht [33]).

Daß der Betrieb ein rechtsgültiger sein muß, versteht sich von selbst. So ist der Wucherer als solcher nicht Kaufmann. Denn seine Geschäfte sind um ihrer selbst willen nichtig nach §§ 134, 138 BGB. Wirksamkeit des Betriebes liegt aber z. B. auch dann nicht vor, wenn ein Minder-

---

28) Vgl. ROHG. Bd. 7 S. 301; RG. Bd. 13 S. 146; JW. 1893 S. 419.

29) Vgl. RG. Bd. 37 S. 61. Vgl. auch Johow Bd. 26 S. 212; Mugdan-Falkmann Bd. 8 S. 249.

30) Vgl. RG. Bd. 19 S. 197, Bd. 37 S. 60; Bay.ObLG. Bd. 3 S. 406; a. M. Holdheim 1904 S. 49.

31) Vgl. Goldmann S. 4; Staub S. 32 A. 18 zu § 1; Cosack S. 24.

32) Natürlich darf der Name des Geschäftsinhabers nicht bloß vorgeschoben sein, was zu erkennen allerdings oft nicht leicht sein dürfte. Vgl. RG. Bd. 3 S. 120, Bd. 37 S. 61; JW. 1893 S. 419; Bolze Bd. 18 Nr. 114; auch RGSt. Bd. 25 S. 121.

33) Vgl. OLG. Bd. 3 S. 406.

jähriger ohne Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters ein Gewerbe betreibt [34]).

c) Dies bringt uns zu dem letzten und einzig subjektiven Erfordernis der Kaufmannseigenschaft, nämlich daß ein Betreibender da sein muß. Besondere subjektive Erfordernisse sind für ihn nicht aufgestellt. Daraus ergibt sich, daß jede natürliche [35]), wie juristische Person [36]) [37]) ein Handelsgewerbe betreiben kann.

Sind diese drei Voraussetzungen Handelsgewerbe, Betrieb und Betreibender vorhanden, so ist damit die Kaufmannseigenschaft gegeben. Der Unternehmer ist bez. wird Kaufmann, selbst wenn öffentlich rechtliche Vorschriften [38]) ihm etwa als Offizier [39]) oder Beamten [40]) die Befugnis zum Betriebe eines Gewerbes versagen oder nur unter bestimmten Voraussetzungen zugestehen.

Den eben entwickelten Kaufmannsbegriff gibt das HGB. nur in seinem „Sinne". Das Handelsgesetzbuch will sich also nicht anmaßen, einen generell geltenden Begriff zu schaffen. Indessen wird seine Auffassung unbedenklich auch für andere handels- und privatrechtliche Gesetze mangels entgegenstehender Bestimmungen maßgebend sein [41]).

---

34) Vgl. RGSt. Bd. 26 S. 94, Bd. 36 S. 357; JW. 1904 S. 128.

35) Vgl. RJA. Bd. 2 S. 277.

36) Vgl. §§ 21 ff., 80 BGB. und §§ 33, 36 HGB.

37) Und die offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft, ohne jedoch als solche Kaufmann zu werden.

38) Vgl. Denk. Bd. 2 S. 21.

39) Vgl. § 43 RMilG.

40) Vgl. § 16 RBeamtG.

41) Und zwar sowohl hinsichtlich der „gleichzeitig mit dem HGB. oder später erlassenen Gesetze als auch insbesondere mit Rücksicht auf Artikel 3 EGHGB. bei früheren Gesetzen, selbst wenn sie nicht ausdrücklich aufs HGB. verweisen"; Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 102 A. 3 zu § 1. So auch Staub S. 28 A. 1

§ 2.

Die Begründung der Kaufmannseigenschaft.

Die Kaufmannseigenschaft kann auf verschiedene Weise erworben werden. Drei Systeme [1]) kommen dafür in Betracht.

Bei dem ersten, dem materiellen System, handelt es sich um das rein tatsächliche Moment des Betriebes eines der in § 1 aufgeführten Handelsgewerbe. Wer ein solches betreibt, erlangt ipso jure, ob er will oder nicht, die Kaufmannseigenschaft. Es heißt daher dieser Kaufmann in der Doktrin meist „Mußkaufmann“ [2]). Der Beginn der Kaufmannseigenschaft fällt zusammen mit dem Beginn des Betriebs. Die Eintragung hat nur deklaratorische Wirkung.

Im Gegensatz hierzu steht das formelle System. Hier ist Voraussetzung der Kaufmannseigenschaft die Eintragung; sie ist also konstitutiver Natur. Hier sind zu nennen die Aktiengesellschaft, die Aktien-Kommandit-Gesellschaft, die Gesellschaft m. b. H., die eingetragene Erwerbs- und Wirtschafts-Genossenschaft [3]). Diese juristischen Personen sollen ohne Rücksicht auf Gegenstand, Art und Umfang des Unternehmens „ihrer Form willen“ Kaufleute sein. Sie

---

zu § 1; Goldmann S. 2; vgl. auch Behrend S. 101 f. A. 15; bezüglich der alten Gesetze a. M. Makower S. 2.

So gilt dies z. B. von § 196 BGB., der Ansprüche der Kaufleute in besonders kurzer Frist verjähren läßt, obgleich gerade in § 196 Abs. 1 Nr. 1 der Begriff der Kaufleute noch auf dem alten, nicht auf dem neuen HGB. zu beruhen scheint, insofern, als die Fabrikanten neben den Kaufleuten genannt sind. Vgl. Lehmann-Ring Bd. 1 S. 3 Nr. 1 zu § 1; Staub a. a. O.; Ritter S. 8; Planck A. 2 zu § 196 BGB.

1) Aufgestellt von Schirrmeister in ZHR. Bd. 48 S. 436 ff.

2) Der Ausdruck „Mußkaufmann“, wie die folgenden „Soll- und Kannkaufmann“ stammen von Veit-Simon. Vgl. seine Beiträge zur Beurteilung des Entwurfs eines HGB. S. 27.

3) Vgl. Reichsgesetz vom 12. 5. 1901 § 16.

tragen deshalb den Namen „Formkaufleute“ [4]) oder „fiktive Kaufleute“ [5]).

In der Mitte zwischen beiden Systemen steht das sogenannte materiell-formelle Prinzip der §§ 2 u. 3.

§ 2 beschäftigt sich mit den Personen, die zwar kein Grundhandelsgewerbe gemäß § 1, aber ein Gewerbe betreiben, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Zu dieser materiellen Voraussetzung muß jedoch noch die Eintragung hinzukommen. Der Inhaber eines unter § 2 fallenden Unternehmens ist verpflichtet, sich eintragen zu lassen [6]); daher sein Name „Sollkaufmann“ [7]). Der Registerrichter soll ihn dazu veranlassen, nötigenfalls kann er ihn durch Ordnungsstrafen dazu zwingen [8]).

Dasselbe Prinzip hat das Gesetz in seinem § 3. Es befaßt sich darin mit einem unter § 1 fallenden oder gemäß § 2 organisationsbedürftigen Unternehmen, das sich als Nebengewerbe eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes darstellt [9]). Liegt ein solches vor, so kann der Inhaber durch Eintragung sich die Kaufmannseigenschaft erwerben. Das ist der sogenannte „Kannkaufmann“ [10]).

---

4) Im Anschluß an Gierke „der Entwurf des neuen HGB.“, ein Vortrag. Dresden 1897 S. 18; vgl. Schirrmeister a. a. O.

5) Vgl. Lehmann-Ring Bd. 1 S. 7 Nr. 11 zu § 1.

6) Auch der hohe Adel macht keine Ausnahme. RJA. Bd. 2 S. 223.

7) Gegen diese Bezeichnung wendet sich Düringer im „Recht“ Jhg. 1900 S. 92 als unrichtig und irreführend. „Denn auch die Sollkaufleute im Sinne dieser Einteilung sind Mußkaufleute. Sie müssen in das Handelsregister eingetragen werden.“

8) Zu dem Wortlaut der §§ 2 und 3 sei bemerkt, daß die vom Gesetz gewählte Ausdrucksweise der Eintragung der „Firma“ insofern nicht genau ist, als ja hier überhaupt erst die Eintragung eine rechtsgültige Firma schafft.

9) Hauptgewerbe muß die Landwirtschaft sein und dem muß das Nebengewerbe dienen. Vgl. Bay.ObLG. Bd. 7 S. 380; RJA. Bd. 4 S. 151; auch RG. Bd. 1 S. 267.

10) Entsprechend diesen 3 Systemen teilt Schirrmeister a.

§ 3.
Die Arten der Kaufleute.

Durch die im vorigen Paragraphen ausgeführten Begründungsmöglichkeiten der Kaufmannsstellung entstehen nun nicht, wie häufig angenommen wird [1]), einzelne Arten von Kaufleuten, vielmehr besteht in allen diesen Fällen eine einzige allenthalben gleichwertige Kaufmannschaft. Alle diese Kaufleute sind nämlich Vollkaufleute und auf sie findet das HGB. volle Anwendung.

Die abstrakte Fassung des Kaufmannsbegriffes bringt es aber mit sich, daß sich darunter die mannigfaltigsten Elemente zusammenfinden: sowohl der Bankier mit jährlichem Millionenumsatz und der große Fabrikbesitzer mit Tausenden von Arbeitern, als auch der kleinste Trödler und die Handelsfrau, die allabends an einer Straßenecke den Passanten Streichhölzer anpreist.

Diese wirtschaftlichen Gegensätze konnten auf den Kaufmannsbegriff nicht ohne Einfluß bleiben. Denn es wäre doch unbillig und unzweckmäßig, allen Kaufleuten unterschiedslos, auch denen mit dem geringsten Gewerbebetrieb sämtliche zum Teil drückende Lasten, die im einzelnen der Gesetzgeber auferlegt, aufzubürden.

Ist das Unternehmen so wenig umfangreich, daß die Mühe kaufmännischer Geschäftsführung zu dem finanziellen Ertrag unverhältnismäßig groß ist, daß das zu Ge-

---

a. O. die Handelsgewerbe ein in unmittelbare (Mußkaufleute), in mittelbare (Soll- und Kannkaufleute) und in fingierte Handelsgewerbe (Formkaufleute). Lehmann-Ring Bd. 1 S. 6 f. Nr. 11 zu § 1 unterscheidet natürliches, künstliches und fingiertes Handelsgewerbe, Staub (DJZ. 1898 S. 422 ff.) nur das reine und das hypothetische Handelsgewerbe.

Cosack S. 28 gruppiert die Kaufleute in Kaufleute kraft Gesetzesvorschrift (Mußkaufleute), in Kaufleute kraft zwangsweiser Eintragung (Sollkaufleute) und in Kaufleute kraft freiwilliger Eintragung (Kann- und Formkaufleute).

1) Z. B. von Düringer im Recht 1900 S. 92 Nr. 5.

bote stehende Kapital dem Inhaber nicht gestattet, kaufmännisch geschultes Personal zu halten, daß er selbst vielleicht wegen seiner niederen Bildungsstufe die oft komplizierten handelsrechtlichen Vorschriften nicht verstehen und daher nicht befolgen kann, so ist es nicht mehr als gerecht, an ihn nicht die gleichen Anforderungen zu stellen, wie an einen kapitalkräftigen und routinierten Kaufmann.

Diese Erwägungen veranlaßten den Gesetzgeber, gewisse Kaufleute von einem Teil der für sie beschwerlichen, ja schädlichen handelsrechtlichen Normen durch positive Bestimmung auszunehmen. Diese Art von Kaufleuten hat die Doktrin Minderkaufleute[2]) genannt. Ihr Wesen und ihre rechtliche Stellung darzulegen, soll die Aufgabe vorliegender Abhandlung sein. Da wir uns dabei auf das geltende Recht beschränken, sei es uns gestattet, vorerst noch kurz die Minderkaufleute nach dem alten HGB. zu streifen.

§ 4.

Der Minderkaufmann nach dem Alten und Neuen Handelsgesetzbuch.

Wie bereits angedeutet, war der Begriff des Minderkaufmanns schon dem alten HGB. geläufig. Der Artikel 10 lautete:

„Die Bestimmungen, welche dieses Gesetzbuch über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura ent-

---

2) Nicht treffend erscheint die Bezeichnung: „Kaufleute minderen Rechts“ (Goldschmidt S. 521), da den minderen Rechten ja auch mindere Pflichten gegenüberstehen; und gerade auf diese ist u. E. das Hauptgewicht zu legen.

Geradezu unrichtig ist aber der von Endemann Bd. 1 S. 147 ff. geprägte, auch von Thöl Bd. 1 S. 144, sonst aber erfreulicherweise wenig gebrauchte Ausdruck „Kleinkaufleute“, da er sich vom Umfange versteht. Dieser ist aber nicht immer ausschlaggebend: Wie nach altem Rechte Höker, Trödler, Hausierer, Wirte selbst bei Großbetrieb Minderkaufleute waren, so sind es heute in gleichem Falle die Handwerker.

hält, finden auf Höker, Trödler, Hausierer und dergleichen Handelsleute von geringem Gewerbebetriebe, ferner auf Wirte, gewöhnliche Fuhrleute, gewöhnliche Schiffer und Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebes hinausgeht, keine Anwendung."

Eine weitgehende Befugnis räumte der Absatz 3 aber den Landesgesetzen ein, indem er ihnen gestattete,

„zu verordnen, daß die bezeichneten Bestimmungen auch noch für andere Klassen von Kaufleuten ihres Staatsgebietes keine Anwendung finden sollen. Ebenso können sie aber auch verordnen, daß diese Bestimmungen auf einzelne der genannten Klassen, oder daß sie auf alle Kaufleute ihres Staatsgebietes Anwendung finden sollen."

Die Landesgesetzgebungen waren also berechtigt, die aufgeführten Klassen genauer festzustellen, die Ausnahmen zu vermehren, zu vermindern oder ganz zu beseitigen. Nur für die Länder, wo dies nicht geschehen war, griff das alte HGB. ein. So war es möglich, daß ein Gewerbe in dem einen Lande als nichtkaufmännisches, in einem anderen als minderkaufmännisches, in einem dritten als vollkaufmännisches angesehen wurde. Dadurch war natürlich einer Rechtsunsicherheit Tür und Tor geöffnet, die auch bald unter der Herrschaft des alten HGB. sich bemerkbar machte, zumal die Landesgesetzgebungen von dem ihnen zugestandenen Recht teilweise in ausgedehntem Maße Gebrauch machten.

Die landesgesetzlichen Bestimmungen standen also an erster Stelle. Erst wenn solche nicht getroffen waren, kamen als Minderkaufleute in Betracht:

1. Höker, Trödler, Hausierer [1]), Wirte und zwar stets, ohne Rücksicht auf den Umfang ihres Gewerbes.

---

1) Höker sind Personen, die an Verkehrswegen und Plätzen Gegenstände des augenblicklichen Bedarfs insbesondere Lebens-

2. Die den Hökern, Trödlern, Hausierern ähnlichen Handelsleute, desgleichen Fuhrleute, Schiffer, doch diese insgesamt nur bei geringfügigem Betriebe.

3. Alle Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebes hinausging [2]).

Diese Begriffsfassung ist wenig glücklich. Denn alle Personen, die außerhalb dieses durch das Gesetz geschaffenen Rahmens fielen, galten als Vollkaufleute. Mochten sie auch die kleinsten Ladenbesitzer sein, sie mußten eine Firma haben und im Handelsregister sich eintragen lassen [3]). Dagegen konnte der Gastwirt mit dem vornehmsten

---

mittel feilhalten. Haben die Höker keinen festen Stand, sondern ziehen sie mit ihren Waren, die sie in irgend welchen Behältnissen mit sich führen, von Haus zu Haus, so heißen sie Hausierer. Unter Trödler versteht man diejenigen Handelsleute, die alte, d. h. gebrauchte, aber noch gebrauchsfähige Waren ankaufen und umsetzen. Der Antiquar gehört nicht hierher, da seine Waren nicht der Gebrauchsfähigkeit, sondern des Altertums-Wertes wegen erworben werden. (Vgl. Bovensiepen S. 12, Müller S. 12.)

2) Die Gesetzesworte und „dergleichen Handelsleute von geringem Gewerbebetrieb" waren sehr umstritten. Die einen, namentlich Thöl S. 136 und Anschütz-Völderndorff S. 79 wollten die „Höker, Trödler, Hausierer" nur exemplifikatorisch für einen geringen Betrieb angeführt wissen, indem sie die Worte von geringem Gewerbebetrieb auf sie mit bezogen. Dieser Ansicht steht die herrschende Meinung mit Recht gegenüber. (Goldschmidt S. 528, Gareis-Fuchsberger S. 33, Staub S. 14, Puchelt S. 38, Makower S. 23, von Hahn § 7 zu A. 10, Wächter Bd. 1 S. 20.) Nach ihnen wollen die Worte Höker, Trödler, Hausierer die Art, die Worte Gewerbe ähnlicher Gattung den Umfang treffen. Dafür spricht auch die Entstehung des Gesetzes: In den Beratungen wurde der Antrag den in Artikel 10 aufgeführten Minderkaufleuten noch andere hinzufügen, ebenso wie der Antrag, ohne jede Aufzählung allgemein jeden Gewerbebetrieb von geringfügigem Umfange von den Vollkaufmannsvorschriften auszuschließen, abgelehnt. Prot. S. 1261.

3) In richtiger Erkenntnis dieser Sinnwidrigkeit haben allerdings schon vor 1900 die Registergerichte in der Praxis tatsächlich vielfach so verfahren, als ob die Kleingewerbetreibenden über-

und größten Hotel und vielleicht mit Millionenumsatz als Minderkaufmann dies nicht tun, und stand ganz ungerechtfertigterweise rechtlich auf gleicher Stufe mit dem kleinsten Gaststubenbesitzer.

Auch bezüglich der Höker, Trödler, Hausierer machte sich die Unbilligkeit, wenn auch nicht so einschneidend bemerkbar. Ihre Eigenschaft als Minderkaufmann war festgelegt, selbst der umfangreichste Betrieb konnte nichts daran ändern und den Inhaber nicht zum Vollkaufmann machen. Der Artikel 10 führte auch insofern zu schweren Härten, als z. B. ein Kaufmann mit dem geringsten Unternehmen, soweit es nicht unter Artikel 10 fiel, bei etwa aus Unkenntnis unterlassener oder mangelhafter Buchführung im Falle seines Konkurses dem Strafrichter verfiel, während etwa der oben erwähnte Hotelier als Minderkaufmann wegen gleicher Handlungsweise unbilligerweise eine Bestrafung nicht zu gewärtigen hatte. Angesichts dieser Mißstände trat Damme [4]) für eine Ausdehnung des Minderkaufmannsbegriffes auf alle Kleingewerbetreibenden ein, um die Ungerechtigkeit besonders auf strafrechtlichem Gebiete zu beseitigen. „Nicht nur unter den Richtern, sondern auch im Publikum unter den Gewerbetreibenden und den Konkursverwaltern waltet die Anschauung ob, daß die Eigenschaft eines Vollkaufmanns erst erlangt wird mit einem gewissen Geschäftsumsatz. Und in dieser Anschauung dokumentiert sich das sehr richtige Gefühl, daß der eigentliche Handelsstand erst mit einem gewissen Maße wirtschaftlicher Potenz beginnt und nicht alle jene zahllosen kleinen Käufer und Wiederverkäufer umfaßt, welche nur in unbedeutender Art den Güterumlauf vermitteln. Die gegenteilige Auffassung [5]) führt in der Tat zu einer in-

haupt vom Handelsregister ausgeschlossen seien. Vgl. Motive S. 15 und S. 201.

4) Im Arch.f.BR. Bd. 3 S. 348 ff.

5) Die besonders von Endemann (Krit. Besprechg. des Ent-

tellektuellen Degradation des . . . einen so mächtigen Platz einnehmenden Handelsstandes. Man folgt also nur dem Zuge einer innerlich wahren Rechtsüberzeugung, wenn man als Vollkaufleute nur Handeltreibende von einem gewissen Geschäftsumfange ansieht. Eine solche Überzeugung harrt geradezu der gesetzlichen Sanktion, um die Rechtssatzung mit dem Rechtsgefühl im Einklang erscheinen zu lassen."

Das neue HGB. hat die Erfüllung dieses Wunsches gebracht. Nicht mehr läßt es, wie das alte HGB., die Art des Handelsbetriebs als Kriterium für die Minderkaufmannseigenschaft gelten, sondern beurteilt sie von ganz anderen Gesichtspunkten. Gerade im Gegensatz zu früher sind heute alle Kleingewerbetreibenden Minderkaufleute, weil, abgesehen vom Handwerk, der Schwerpunkt auf dem Umfang des Gewerbebetriebs liegt. Dadurch besonders hat das neue Recht die von Theorie und Praxis langersehnte Erweiterung der Klassen der Minderkaufleute gebracht. Es zählt mit Recht Höker, Trödler, Hausierer und Wirte bei Großbetrieb zu den Vollkaufleuten, während andrerseits die bisherigen Vollkaufleute, sofern für sie § 4 eingreift, sowie die Kleingewerbetreibenden, deren Gewerbe dem der Höker, Trödler, Hausierer nicht verwandt ist, zu Minderkaufleuten herabgesunken sind.

Beseitigt ist auch der den Landesgesetzen gemachte Vorbehalt. Die Materie der Minderkaufleute hat ausschließlich reichsrechtliche Regelung gefunden. Heute können die Landes r e g i e r u n g e n nur noch Bestimmungen erlassen,

---

wurfs eines Deutschen Handelsgesetzbuches 1858) vertreten wird, wenn er sagt: „Freilich will es nicht in den Kopf, daß nötigenfalls der Verkauf von Kamillen oder Feldkümmel, den eine Bettlerin sammelt, Handel sein und vor das Handelsgericht kommen soll. Allein nirgends zwischen dem geringsten Handelsbetrieb und dem Umsatz von Millionen an Wert ist ein fester Punkt, an dem sich eine Unterscheidung, was Handel sei, anlehnen könnte . . . . und die größte Rechtsgleichheit in diesem Sinne ist das letzte Ziel."

„durch welche die Grenze des Kleingewerbes auf der Grundlage der nach dem Geschäftsumfange bemessenen Steuerpflicht oder in Ermangelung einer solchen Besteuerung nach anderen Merkmalen näher festgesetzt wird". (§ 4 Abs. 3.)

Also nicht zwischen handwerksmäßigem und fabrikmäßigem Betrieb, sondern zwischen Klein- und Großgewerbe die Grenze zu ziehen, ist die Landesregierung berechtigt [6]). Daraus ergibt sich, daß die Handwerker dem Machtbereich der Landesregierungen völlig entzogen sind.

Entfernt von zu enger Abgrenzung der Arten der Kaufleute und bestrebt den Einzelstaaten überlebte Befugnisse zu nehmen, hat das neue Handelsgesetzbuch in klarer, richtiger Weise die Rechtsstellung der Minderkaufleute geregelt und sie in zwei Klassen geteilt: Die Handwerker und die Kleingewerbetreibenden.

B. Der Begriff des Minderkaufmanns.

Der Handwerker.

§ 5.

Der Begriff Handwerker.

Die modernen Gesetze zeigen insgesamt darin eine auffällige Übereinstimmung, daß sie sich jedweder Definition von Handwerk bez. Handwerker geflissentlich enthalten. Dies erscheint zunächst um so befremdender, als mit der Handwerkereigenschaft gerade viele rechtliche Folgen verbunden sind. Indessen erkennt man bei näherer Untersuchung, daß das Gesetz seinen guten Grund dazu hat. Handwerk ist nämlich ein so flüssiger, wandelbarer, dem Wirtschaftsleben eigentümlicher Begriff, daß jeder Versuch, ihn in die starre Form einer alle Fälle umfassenden

---

6) Vgl. Goldmann S. 33.

und allzeit gültigen Definition zwängen zu wollen, an seiner Eigenart scheitern muß [1]).

Es ist daher der Wissenschaft und Judikatur die schwierige Aufgabe festzustellen, was Handwerk ist, zu lösen überlassen geblieben. Einen Anhalt bietet die „allgemeine bez. eine besondere örtliche Auffassung des Verkehrs“ [2]). Diese Verkehrsanschauung findet sich ausgesprochen in der Rechtsprechung und Literatur.

von Landmann [3]) z. B. versteht unter Handwerk „die nicht fabrikmäßig betriebenen Gewerbe der Be- und Verarbeitung von Rohstoffen und Halbfabrikaten, ferner Reparatur und Reinigung von Gegenständen, wenn in dem Betriebe eine handwerksmäßige Lehrlingsausbildung stattfindet.“

Wenn auch, wie bereits erwähnt, eine nach jeder Richtung hin befriedigende, scharf gefaßte Definition aus den eingangs angeführten Gründen sich nicht aufstellen läßt, so trifft von Landmanns Begriffsbestimmung, ohne zwar erschöpfend zu sein, doch den Kernpunkt. Lastig [4]) meint, daß eine auch noch so genaue und für den Augenblick auch vielleicht selbst erschöpfende Aufzählung für die Dauer nicht genügen kann, da zu den vorhandenen Handwerkszweigen im Laufe der Zeit immer neue hinzukommen. Einer Korrektur bedarf der von Landmannsche Satz nur insofern, als das letztaufgestellte Erfordernis der Lehrlingsausbildung zu streichen ist, da eine solche heute nicht mehr mit jedem Handwerksbetriebe verbunden ist.

Die Frage, was Handwerk sei, steht seit mehreren Jahren mit gutem Grunde im Brennpunkt des Interesses, denn es knüpfen sich an ihre Beantwortung eine Unmenge von bedeutsamen, auch strafrechtlichen Folgen und nicht

---

1) So auch OLGE. Darmstadt vom 31. 1. 1902.
2) RGSt. Bd. 21 S. 211.
3) von Landmann Bd. 1 S. 653.
4) Lastig S. 65.

zuletzt ist es der äußerst praktische Gesichtspunkt der Beitragspflicht, der zwischen der Handels- und Handwerkskammer immer neue Streitigkeiten entfacht hat [5] [6]). Ein Blick in die Jahresberichte solcher Kammern wird dies bestätigen.

Für die Feststellung des Handwerksbegriffes bietet die Abgrenzung des Handwerks von anderen Begriffen, z. B. der Fabrik eine wesentliche Erleichterung. Darauf näher einzugehen, erscheint uns aus dem Grunde geboten, als das Handelsgesetzbuch selbst z. B. in § 1 Ziff. 2 und 9 das Handwerksgewerbe in Gegensatz zum Fabrikgewerbe setzt [7]). Diese letztere Bezeichnung läßt erkennen, daß sie

5) Vgl. die Denkschr. d. H. K. Stolp im allgemeinen und insbesondere S. 59 ff.; desgl. die Mitteilungen und Jahresberichte der beiden Kammern z. B. Gew.K. Ber. Leipzig über das Jahr 1903 S. 13 ff. Vgl. auch Weiß S. 4 A. 6.

6) Erst in jüngster Zeit (Dezember 1909) ist ein interessanter Rechtsstreit zwischen der Handels- und der Gewerbekammer zu Leipzig vom 2. Senat des Sächs. Oberverwaltungsgerichtes entschieden worden. Es hatte nämlich die Gew.K. beim Stadtrat beantragt, den Inhaber einer Gravier-Anstalt wegen Nichtanmeldung der Lehrlinge zu bestrafen. Der Stadtrat lehnte dies ab; indessen gab die Kreishauptmannschaft der Gew.K. recht. Das Ministerium des Innern als letzte Instanz entschied darauf im Sinne der Kreishauptmannschaft. Damit war nun, — das ist das interessante — ein eigenartiges Verhältnis geschaffen, insofern nämlich, als der Gewerbekammer für diesen Betrieb die Überwachung des Lehrlingswesens zustand, während das Unternehmen, weil es bisher als Fabrik im Sinne von § 134e Gew.O. gegolten, Beiträge zur Handelskammer zu entrichten hatte. Dies war noch im Jahre 1908. Inzwischen einigten sich die beiden Leipziger Kammern über die Zugehörigkeit einiger Betriebe: Gewisse Arten von Betrieben sollten der Handelskammer, andere der Gewerbekammer unter der Voraussetzung der Einwilligung des betreffenden Unternehmers zugewiesen werden. Als auf Grund dieses Übereinkommens der Inhaber der Gravieranstalt der Gewerbekammer zugeteilt wurde, erhob dieser Widerspruch, doch ohne Erfolg. Darauf rief er das O.Verw.Ger. an, welches in seinem Sinne entschied.

7) Über § 1 Ziff. 2 und 9 vgl. des näheren unten S. 39 ff.

beide unter den weiteren Begriff Gewerbe fallen und in den engeren Bereich derjenigen Gewerbe gehören, die in der Bearbeitung oder Veredlung von Rohstoffen, Halbfabrikaten oder fertigen Erzeugnissen bestehen [8]), um dieselben in bezug auf Stoff oder Form oder in beiden Richtungen zugleich dem Bedürfnisse brauchbar zu machen (Industrie und Handwerk, sogen. stoffveredelnde Gewerbe).

„Fabrik und Handwerk sind also nicht verschiedene Gewerbszweige, sondern nur verschiedene Betriebsformen eines und desselben Gewerbes. Es gibt kein besonderes Fabrikgewerbe und Handwerksgewerbe, sondern nur eine fabrikmäßige und eine handwerksmäßige Form der Ausübung des Gewerbes“ [9]). Hierin liegt nun aber gerade die Schwierigkeit einer scharfen Abgrenzung. Die neueren Gesetze haben sich gescheut, diesen „gordischen Knoten lösen“ [10]) zu wollen. Die Gründe dafür sind dieselben, die gegen eine allgemeine Fixierung des Begriffs Handwerk sprechen.

Gleichwohl sind die früheren Kodifikationen unbedenklich an die Aufgabe herangegangen. So sind nach dem preußischen Landrecht von 1794 [11]) Fabriken „Anstalten, in welchen die Verarbeitung oder Verfeinerung gewisser Naturerzeugnisse im großen betrieben wird“. Das in diesem Gesetz aufgestellte Kriterium des Großbetriebs kann in unseren Tagen keineswegs mehr für die Fabrik als zutreffend erachtet werden.

Das königlich sächs. Gewerbesteuergesetz von 1841 nennt Fabrikanten „Inhaber von Geschäften, welche die Herstellung und Zurichtung von Handelswaren im großen und zum Vertrieb im ganzen oder zum Wiederverkauf insbesondere unter Anwendung nicht gewerbsmäßig ausge-

8) Vgl. von Landmann Bd. 1 S. 29, Bd. 2 S. 281.
9) Lastig S. 57.
10) Staub S. 68 A. 10 zu § 4.
11) Teil 2, Titel 8 § 407.

bildeter Gehilfen und mit Teilung der Arbeit betreiben".

Ebenso unbefriedigend erscheint uns die Bestimmung der preußischen Verordnung, anläßlich der Errichtung von Gewerbegerichten vom 9. 2. 1884, die in § 2 als Fabrikinhaber diejenigen nennt, welche Rohstoffe und Halbfabrikate zu Waren für den Handel bearbeiten lassen.

Noch weniger Anspruch auf Verwendbarkeit kann wegen seiner mannigfaltigen und verschwommenen Kriterien der Satz des österreichischen Ministerialerlasses von 1883 machen, nach dem sich Fabriken als solche Gewerbeunternehmen charakterisieren, „in welchen die Herstellung oder Verarbeitung von gewerblichen Verkehrsgegenständen in geschlossenen Werkstätten unter Beteiligung einer gewöhnlich (!) die Zahl von 20 übersteigenden außerhalb ihrer Wohnungen beschäftigten Anzahl von gewerblichen Hilfsarbeitern erfolgt, wobei die Benutzung von Maschinen als Hilfsmittel und die Anwendung eines arbeitsteiligen Verfahrens die Regel (!) bildet, und bei denen eine Unterscheidung von den handwerksmäßig betriebenen Produktionsgewerben, auch durch die Persönlichkeit des zwar das Unternehmen leitenden, jedoch an der manuellen Arbeitsleistung nicht teilnehmenden Gewerbeunternehmers, dann durch höhere Steuerleistung, durch Firmaprotokollierung und dergleichen (!) eintritt".

Etwas treffender ist die Definition des schweizerischen Fabrikgesetzes vom 23. 3. 1877, die sich auf wenige Merkmale beschränkt und in ihrer kurzen ansprechenden Fassung weit eher als die bisher genannten Gesetze und Verordnungen für den praktischen Gebrauch geeignet erscheint. Sie bezeichnet als Fabrik „jede industrielle Anstalt, in welcher gleichzeitig und regelmäßig eine Mehrzahl von Arbeitern außerhalb ihrer Wohnungen in geschlossenen Räumen beschäftigt wird".

Überhaupt nicht als Definition stellt sich die Be-

stimmung des Gewerbeunfallversicherungsgesetzes vom 5. 7. 1900, nach dem im übrigen, d. h. abgesehen von den in den § 1 und 2 Abs. 2 genannten Betrieben [12]) als Fabriken diejenigen Betriebe gelten, in welchen die Be- oder Verarbeitung von Gegenständen gewerbsmäßig ausgeführt wird, und zu diesem Zwecke mindestens 10 Arbeiter regelmäßig beschäftigt werden" (UVG. § 2 Abs. 3) [13]). Diese Formulierung dient wohl dem sozial-politischen Zwecke eines Gesetzes, entbehrt aber jedweden wissenschaftlichen Fundamentes. Daher kann die Bestimmung auch nur im Sinne und für das Geltungsgebiet des UVG. maßgebend sein. Sie beabsichtigt nur eine Richtschnur für die Entscheidung darüber zu geben, ob ein Betrieb der Unfallversicherung zu unterstellen sei oder nicht. Daraus kann allerdings die Divergenz resultieren, daß die Berufsgenossenschaft einem Unternehmen die Versicherungspflicht auferlegt, das gemäß der Gewerbeordnung der Strafrichter nicht als Fabrik ansieht. Es erklärt sich diese Spaltung aus dem Wortlaut des UVG. selbst, nach dem Betriebe mit mehr als 10 Arbeitern zwar als Fabrik „g e l t e n", also so behandelt werden, es aber nicht schlechthin auch s i n d.

Der Vollständigkeit halber seien noch einige Worte den Nationalökonomen gewidmet, zumal in ihr Gebiet die Frage nach der Abgrenzung von Fabrik und Handwerk noch weit tiefer eingreift als in das juristische. Bücher [14]) sieht in der Fabrik diejenige Art des gewerblichen Betriebs, bei welcher ein Unternehmer regelmäßig eine größere Zahl von Arbeitern außerhalb ihrer Wohnungen in eigener Be-

12) Vgl. auch diese.

13) In gleich willkürlicher Weise stellen auf die Zahl der beschäftigten Arbeiter ihre Unterscheidung ab Gesetze wie die österreichischen Gewerbe-Ordnungen von 1859 und 1885, das sächsische Gewerbe-Gesetz vom 15. 10. 1861 und andere.

14) In Conrads Handwörterbuch der Staatswissenschaften Bd. 4 S. 383.

triebsstätte beschäftigt. Der Wert dieser Definition liegt zu Tage. Nur „regelmäßig, nicht allgemein will sie gelten. Eine erschöpfende, alle Fälle umfassende Definition aufzustellen, ist eben auch der Wissenschaft verschlossen geblieben.

Nicht anders steht es mit dem Begriff Handwerk, wenn es auch bezüglich der Zahl der Definitionen im Verhältnis zu denen der Fabrik etwas dürftig aussieht. Bei der Beratung zum Entwurf des alten HGB. wollte man eine Bestimmung dahin geben: „Handwerksbetrieb liegt vor, insoweit die Handarbeit den vorherrschenden Faktor der Werterzeugung bildet“ [15]). Doch wurde der Antrag als undurchführbar abgelehnt. So besitzen wir heute eine Legaldefinition von Handwerk ebensowenig wie von Fabrik [16]). Selbst das für die Handwerker bedeutendste Gesetz, die Reichsgewerbeordnung, hat eine Fixierung schlechthin abgelehnt. Auch die Nationalökonomie versagt hier. Sie sagt: „Handwerk ist dasjenige gewerbliche Betriebssystem, bei welchem der Produzent als Eigentümer sämtlicher Betriebsmittel Tauschwerte für nicht seinem Haushalt angehörende Konsumenten erzeugt.“

Ziehen wir das Fazit unserer Darlegung, so erhellt, daß sich eine allgemeine, ohne Schwieriegkeit und ohne Rücksicht auf die Umstände des konkreten Falles anwendbare Formel nicht aufstellen läßt. Würde man es dennoch tun, so hieße das nicht nur den Begriffen Fabrik und Handwerk, sondern auch einem bedeutsamen Zweig unseres Erwerbslebens Gewalt antun.

Interessant und zugleich auffallend ist die Tatsache, daß trotzdem in den letzten Jahren zahlreiche Stimmen

---

15) Protokolle S. 514.

16) Obgleich der Begriff Fabrik in einer ganzen Reihe von Reichsgesetzen verwertet wird; es sei nur erinnert an die Gewerbeordnung vom 21. 6. 1869, das Haftpflichtgesetz vom 7. 6. 1871 und das Unfallversicherungsgesetz vom 6. 7. 1884.

mit aller Bestimmtheit eine legislatorische Festlegung fordern. Aber nicht in den Kreisen der Juristen oder Nationalökonomen, sondern bei den Beteiligten selbst wird dieser Wunsch laut. Sie verlangen, daß die Rechtsunsicherheit behoben und eine generell gültige Grenze gezogen werde. Daß sie damit zunächst Beifall erwecken, kann jedoch darüber nicht hinwegtäuschen, daß ihrer eigenen Entwicklung dadurch schwere Ketten angelegt würden. Ihre Existenz würde nicht nur unterbunden, sondern für die Dauer sogar in Zweifel gestellt werden. Oder aber der Erfolg würde nach der anderen Richtung sein, daß die aufgestellten Merkmalsnormen durchbrochen und die Grenzen verwischt würden und man wieder auf dem status quo anlangen würde.

Steht also ein genau festgelegter Begriff von Fabrik und Handwerk für die Anwendung des geltenden Rechtes nicht zur Verfügung, so finden sich doch Anhaltspunkte, nach denen im Einzelfall die Unterscheidung zu treffen ist. Fest steht, daß der Richter sich von seiner subjektiven Meinung über den konkreten Fall nicht darf leiten lassen, daß er vielmehr bei seinem Urteile an die objektiven Kriterien sich anlehnen muß, die von der Wissenschaft und den Gerichten insbesondere vom Reichsgericht geschaffen sind [17]).

---

17) Vgl. RG. Bd. 57 S. 387; RGSt. Bd. 1 S. 381, Bd. 5 S. 488, Bd. 7 S. 705, Bd. 8 S. 125, Bd. 9 S. 264, Bd. 10 S. 495, Bd. 14 S. 426, Bd. 18 S. 373, Bd. 23 S. 81, Bd. 24 S. 80 und S. 356, Bd. 25 S. 4, Bd. 26 S. 190, Bd. 29 S. 204, Bd. 31 S. 179, Bd. 35 S. 289, Bd. 36 S. 38; JW. 1888 S. 427, 1906 S. 205, 1907 S. 55; Ann. d. sächs. OLG. Bd. 3 S. 494, Bd. 4 S. 319 f., Bd. 6 S. 110 f. und S. 489, Bd. 11 S. 301 f., Bd. 16 S. 304 f., Bd. 22 S. 6; KG. im Gewerbekammerbericht Dresden über das Jahr 1902 S. 83 ff.; OLG. Frankfurt im Gewerbekammerbericht Dresden über das Jahr 1903 S. 69; OLG. Bd. 8 S. 250; Sächs. OVG. Bd. 4 S. 341 ff., Bd. 5 S. 313 ff.; ZHR. Bd. 34 S. 560, Bd. 40 S. 440. Vgl. auch RGSt. Bd. 21 S. 211, Bd. 26 S. 162 und Goldschmidt S. 513 ff.; von Landmann Bd. 1 S. 654, Bd. 2 S. 283; Goldmann S. 29; Puchelt Bd. 1 S. 40.

Der Kernpunkt für die Unterscheidung liegt darnach in der ökonomischen Konstitution und dem Charakter, in dem „ganzen wirtschaftlichen Habitus“ [18]) des Betriebes.

Für Fabrik sind im Gegensatz zum Handwerk als essentielle Merkmale hauptsächlich vom Reichsgericht anerkannt, in qualitativer Hinsicht: Die Konzentration der Arbeit in einer vom Unternehmer bereit gestellten Betriebsanlage, die vorwiegend kommerzielle, auf die Oberleitung und Überwachung des ganzen Betriebs beschränkte Tätigkeit des Unternehmers, das Subordinationsverhältnis des Personals zu ihm und die damit verbundene straffe Disziplin, die ausgedehnte Arbeitsteilung unter den Gehilfen[19]), ihre Beaufsichtigung durch besondere Angestellte, das Fehlen von Lehrlingen, die mehr mechanische als kunstmäßige Beschäftigung der Arbeiter, die Herstellungsmethode der Produkte, die Art der im Gebrauch stehenden Hilfsmittel (Kraft- und Arbeitsmaschinen), endlich noch die Qualität, insbesondere die kaufmännische Bildung eines Teiles der Angestellten, besonders des Kontorpersonals, der verwickelte Geschäftsorganismus, das Aufsuchen von Geschäftsaufträgen durch Reisende, die Inanspruchnahme von Kredit- und Wechselverkehr, die Arbeit auf Vorrat u. s. f.

Quantitativ verleihen den Fabrikcharakter: große schablonenhafte Produktion, Umfang des Geschäftsbetriebs, der Anlagen und Räumlichkeiten, Höhe des Umsatzes und wohl auch Zahl der benötigten Arbeiter.

Unterwerfen wir die vom Reichsgericht anerkannten Unterscheidungsmerkmale einer kurzen Kritik. Goldschmidt [20]) hält die gemeinsame Arbeitsstätte nicht für den Fabrikbegriff wesentlich, er erklärt auch denjenigen als Fabrikanten, der selbständige Handwerker in deren Be-

18) Bovensiepen S. 21.

19) Vgl. dazu Sächs. OVG. Bd. 5 S. 314 und von Landmann Bd. 2 S. 283.

20) S. 514.

hausung für seine Rechnung beschäftigt. Wir müssen dem widersprechen [21]). Der Unterscheidung von Fabrik und Handwerk ist nach ausgesprochener Ansicht des Reichsgerichts die Verkehrsanschauung zugrunde zu legen [22]). Diese aber fordert für die Fabrik gerade gemeinschaftliche Betriebsstätte.

Die für den Handwerksbegriff wesentliche technische Mitarbeit des Unternehmers kann nicht immer als maßgebend bezeichnet werden. Denn in größeren Betrieben, z. B. Schlossereien, Tischlereien, dürfte nicht selten der Unternehmer durch die Leitung des Gewerbes so in Anspruch genommen sein, daß er selbst technisch mitzuwirken, nicht die Zeit hat. Trotzdem bleibt der handwerksmäßige Charakter gewahrt [23]).

Was den Gebrauch von Maschinen anlangt, so ist auch darauf nicht ohne weiteres Gewicht zu legen, denn die Handwerker in richtiger Erkenntnis der vorgeschrittenen Technik haben ebenfalls, wenn auch vorzugsweise Werkzeuge, doch oft Kleinkraftmaschinen und Elektromotore in Gebrauch [24]) und verlieren dadurch keineswegs ihre Handwerkerqualität [25]). Umgekehrt finden sich Fabriken, z. B. Zigarrenfabriken, Ziegeleien, die ohne maschinelle Kräfte auskommen [26]).

Dem Momente der Beschäftigung möge ergänzend hin-

---

21) Vgl. RG. Bd. 57 S. 386; von Landmann Bd. 2 S. 26 f.

22) Vgl. RGSt. Bd. 21 S. 211.

23) Vgl. Entscheidung des Regierungspräsidenten zu Minden abgedruckt in d. Ostpreuß. Handwerkerztg. v. 1. 10. 1902 Nr. 19 und von Landmann Bd. 2 S. 283.

24) An Maschinen verwenden die Handwerker z. B. die Drehbank, Näh- und Hobelmaschine, Schnellpresse u. a. Vgl. Weiß S. 11 A. 4.

25) So die ständige Rechtsprechung des RG. insbesondere RG. Bd. 8 S. 127.

26) Vgl. Kaufm. Rspr. 1904 S. 13; Goldschmidt S. 514; von Landmann Bd. 2 S. 284.

zugefügt werden: der Kernpunkt liegt darin, wer die Hauptarbeit leistet; leisten diese die Angestellten und werden sie dabei durch Maschinen nur unterstützt, so wird Handwerksbetrieb, sind sie dagegen Hilfskräfte mehr zur Bedienung der das hauptsächlichste schaffenden Maschinen, so dürfte umgekehrt Fabrikbetrieb vorliegen [27]).

Zu dem Kriterium der Arbeit auf Vorrat bez. auf Bestellung sei bemerkt, daß auch der Handwerker nicht ausschließlich Einzelarbeit leisten muß. Z. B. wird mancher Maßschneider in der ruhigen Zeit unbestellte Anzüge fertigen, um sie gleichsam als Modell den Kunden zeigen zu können. Andrerseits werden die Maschinenfabriken zumeist Individualarbeit leisten.

Das Erfordernis des Warenumsatzes ist gleichfalls mit Vorsicht zu behandeln, denn nicht selten legt der Unternehmer ihn, wenn nicht überhaupt, doch den Detailvertrieb in die Hände von Kommissionären und Agenten [28]). Ebensowenig darf auf den Umfang zu großes Gewicht gelegt werden [29]). Ein flott beschäftigtes Maßgeschäft, eine Damenschneiderei, die gleichzeitig hunderte von Kostümen herstellt, bleibt trotzdem Handwerksbetrieb, wenn jedes Kleidungsstück nach Maß angefertigt werden soll, jeder Gegenstand also den Individualcharakter an sich trägt [30]).

Auch die Zahl der benötigten Arbeiter bildet für die Klassifizierung des Betriebs keine zuverlässige Richtschnur. „Eine Zigarrenfabrik mit 10 Arbeitern kann vielleicht noch

---

27) Vgl. Entscheidung des Regierungspräsidenten zu Minden a. a. O.

28) Vgl. Goldschmidt S. 515; Johow Bd. 9 S. 11; dort ist treffend bemerkt, daß, wenn nicht der größte Warenumsatz sich mit dem Handwerke vertrüge, die Mehrzahl aller Fleischer ins Handelsregister eingetragen werden müßte.

29) Über das Kriterium des Umfangs vgl. den nächsten Paragraphen.

30) Vgl. Sächs.Arch. Bd. 13 S. 538.

als kleingewerblich rangieren“ [31]). Andrerseits können z. B. „Betriebe, welche Elementarmotore oder andere größere Betriebseinrichtungen z. B. zur Herstellung chemischer Produkte besitzen, schon bei geringer Arbeiterzahl als Fabriken anzusehen sein, weil ihre Produktion eine umfangreiche ist“ [32]) [33]).

Endlich sei noch erwähnt, daß auch die Bezeichnung eines Betriebes z. B. als Fabrik nicht genügende Voraussetzung für die Annahme des Fabrikcharakters sein kann, denn abgesehen von den verschiedenen Auffassungen in den verschiedenen Bezirken nennt ein Kleingewerbetreibender oft aus Eitelkeit sein Unternehmen Fabrik [34]).

Mit diesen kritischen Betrachtungen soll keineswegs der Wert der vom Reichsgericht aufgestellten Kriterien in Frage gestellt werden. Aber wir meinen, daß gerade durch die Einzelbeispiele für die Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit der vom Reichsgericht anerkannten Unterscheidungsmerkmale ihr Wert nur erhöht werden kann. Es sollte durch diese Ausführungen nur klargelegt werden, daß, obwohl sich genügende charakteristische Momente aufstellen lassen, keinem einzigen von ihnen absolut und dauernd Bedeutung beizumessen ist. Keines aller genannten Kriterien kann generell genügen. Selbst das Zusammentreffen der Mehrzahl, ja aller, beispielsweise das Handwerk kennzeichnenden Momente kann ohne An-

---

31) Vgl. Sächs.Arch. Bd. 13 S. 544; Puchelt Bd. 1 S. 40.

32) von Landmann Bd. 2 S. 283. Vgl. Mecklb. Ztschr. Bd. 2 S. 394; Reger Bd. 8 S. 359. Vgl. auch Reger Bd. 13 S. 258.

33) von Landmann Bd. 2 S. 283. Vgl. Reger Bd. 6 S. 406.

34) Ebenso wird „eine mit etwa 60 gelernten Arbeitern betriebene Schuhmacherei, die lediglich nach Maß auf Bestellung arbeitet, aber mit Hilfsmaschinen in großen Werkstatträumen ausgestattet ist, durch die Zahl ihrer Arbeiter und den Umfang der Betriebsräume nicht zur Fabrik“. Entsch. d. Königl. Reg. v. Oberbayern v. 14. 5. 1902, abgedruckt im Sächs.Arch. Bd. 13 S. 547.

sehung des einzelnen Falles wohl möglicherweise, niemals aber zwingend zur Annahme des Handwerksbegriffes führen. Es muß vielmehr bei einer Entscheidung nach der einen oder anderen Seite stets die Gestaltung des einzelnen Falles geprüft und unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände und Eigentümlichkeiten die Unterscheidungsmerkmale gegeneinander abgewogen werden[35]). Dieser Weg allein kann zu einem richtigen Urteile führen.

§ 6.

Ist jeder Handwerker Minderkaufmann?

Ist im vorhergehenden Paragraphen das Wesen des Handwerks im allgemeinen behandelt, so soll uns im folgenden die Frage beschäftigen, welchen Handwerkern das Gesetz die Kaufmanns- bez. Minderkaufmannseigenschaft zuspricht, denn nicht alle Handwerker schlechthin umfaßt der Begriff des Minderkaufmanns.

Da, wie erwähnt, für die Minderkaufmannsqualität die erste Voraussetzung die Kaufmannseigenschaft ist, müssen in erster Linie alle diejenigen Gewerbetreibenden ausscheiden, die überhaupt keine Kaufleute sind.

Die Möglichkeit des Erwerbs der Kaufmannseigenschaft nach den §§ 2 und 3 ist und bleibt den Handwerkern, wie später noch näher darzulegen sein wird, verschlossen. Denn abgesehen von anderen Erfordernissen entsteht sie erst durch die Eintragung; diese aber versagt § 4 gerade dem Minderkaufmann.

Kaufmann zu werden vermag der Handwerker mithin ausschließlich nach § 1, d. h. durch Betrieb einer der dort aufgeführten Handelsgewerbe. Von diesen wieder fallen von vornherein die in § 1 Ziff. 3—8 genannten weg, denn sie eignen sich begrifflich nicht zum Gegenstand des Hand-

35) Vgl. Denkschr. der Handelsk. Stolp S. 68; DJZ. 1899 S. 180.

werks. Aus diesem Grunde ist Rudorff [1]) nicht beizupflichten, wenn er meint, es könne „allenfalls“ Handwerker nach § 1 Ziff. 5 geben.

Es verbleiben also die Gewerbe nach § 1 Ziff. 2 und 9. Die beiden letzteren, das bloße Bearbeitungsgewerbe und das Druckergewerbe [2]) verleihen aber nach den Worten des Gesetzes die Kaufmannsqualität nur, sofern ihr „Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht“.

Über die Bedeutung dieser Bestimmung herrscht Streit. Nach Makower [3]) erfüllen den Begriff des Handwerks zwei ganz wesensgetrennte Merkmale: Art des Handwerksbetriebs und Umfang des Handwerksbetriebs. Makower kommt daher zu folgendem Schluß: „Selbst wenn die Art des Betriebs nur eine handwerksmäßige ist, der Betrieb mithin unter § 4 fällt, so ist § 1 Ziff. 2 anwendbar, wenn nur der Umfang des Betriebes ein mehr als handwerksmäßiger ist ..... der § 1 Ziff. 2 verlangt nur, daß der Betrieb über den „Umfang des Handwerks“ hinausgeht; ist diese Voraussetzung gegeben, so erscheint daher nicht notwendig ...., daß auch die Betriebsart eine mehr als handwerksmäßige, d. h. eine fabrikmäßige ist.“ Es sollen nach § 1 Ziff. 2 und 9 also Handwerker erstehen können, deren Handwerksbetrieb (!) über den Umfang des Handwerks (!) hinausgeht!!!

Staub äußert sich zu der Frage in anderer Richtung. Er will die Handwerker mit einem Gewerbe im Sinne von Ziff. 2 und 9 entweder zu den Nichtkaufleuten oder Vollkaufleuten zählen. Staub erklärt nämlich zum Kriterium des Handwerks die Art und den Umfang des Unternehmens. Handwerk ist für ihn derjenige Betrieb, der nach Art und Umfang eine kaufmännische Organisation nicht

1) Rudorff, HGB. S. 5.

2) Bezügl. des Druckergewerbes vgl. § 43 der Königl. Sächs. Ausführungsverordnung zum AHGB. vom 30. 12. 1861.

3) S. 10, vgl. auch Behrend S. 196.

erfordert. Die Wurzel seiner Anschauung liegt in der vermeintlichen Einheitlichkeit der Begriffsbestimmung in den §§ 2 und 4.

Beide Ansichten sind u. E. verfehlt. Wir verlegen das ausschlaggebende Gewicht lediglich nach der qualitativen Seite, für uns ist das Kriterium des Handwerks einzig und allein die Art des Betriebes.

Was zunächst Staubs Ansicht anlangt, so gründet sie sich, wie gesagt, auf einer irrigen Beurteilung von § 2. § 2 ist nicht eine clausula generalis und steht deshalb nicht über § 4. Ein Handwerker, der ein Produktionsgewerbe mit Umsatz betreibt, ist nach § 4 Minderkaufmann und kann nimmermehr auf Grund von § 2 Vollkaufmann werden [4]) [5]). Denn das Wesen des § 2 besteht nicht in Änderung, sondern in Neuschaffung der Kaufmannseigenschaft. Er will diejenigen zu Kaufleuten machen, denen der allzu kasuistisch gefaßte § 1 das Kaufmannwerden versagt. Nicht den Gegensatz von Voll- und Minderkaufmann, sondern den Unterschied von Voll- und Nichtkaufmann betrifft § 2 [6]).

Aber selbst, wenn § 2 die Stellung, die ihm Staub zuteilt, einnähme, so könnte gleichwohl nicht ein Handwerker im Wege des § 2 zum „Vollhandwerker" emporsteigen. Denn § 2 setzt voraus: Ein gewerbliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer

---

4) So auch RG. Bd. 51 S. 123; OLG. Bd. 6 S. 234; RJA. Bd. 4 S. 102, Bd. 9 S. 110; Holdheim 1901 S. 205, 1904 S. 125; KGJ. Bd. 35 S. 142; a. M.: RJA. Bd. 1 S. 190; ZBlFG. Bd. 2 S. 281; KGJ. Bd. 21 S. 68, Bd. 27 S. 60; KGBl. 1901 S. 18; von Landmann Bd. 1 S. 656; Kuckuck S. 127; Reger Bd. 29 S. 96.

5) A. M.: Mugdan-Falkmann Bd. 8 S. 92; Lobe Bd. 2 S. 279 ff.; Johow Bd. 21 S. 68 ff.; KGE. Bd. 22 S. 277; Naumb. Anwaltszeitg. 1901 S. 51; Frankenberger S. 12; Feld S. 543; Cohn im Recht 1903 S. 222.

6) Vgl. Kuckuck bei Holdheim S. 124 13; Jahrg. 1904 Nr. 5; Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 152 A. 6 zu § 4.

Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Ein solcher Betrieb ist bezüglich der Art aber gerade das Gegenteil von Handwerk. Erfüllt ein Handwerksunternehmen die in § 2 normierten Erfordernisse, so hat es aufgehört, Handwerk zu sein. Eben weil das handwerksmäßige wegen seiner spezifischen einfachen Betriebsweise eine kaufmännische Organisation erübrigt, ist das Handwerk ohne Rücksicht auf seinen Umfang von den strengen vollkaufmännischen Vorschriften exemiert [7]). Das Handwerk ist also schon begrifflich von § 2 ausgeschlossen.

Daß in den §§ 2 und 4 nicht das gleiche Prinzip zum Ausdruck gebracht ist, beweist die Gegenüberstellung des Handwerks und des Kleingewerbes in § 4 [8]). Damit gibt das Gesetz klar zu erkennen, daß es auf den Umfang keinerlei Gewicht legt, daß also auch der Handwerker, dessen Betrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, gleichwohl Minderkaufmann bleiben soll [9]). Denn andernfalls müßte sich der Relativsatz „deren Gewerbe nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht" mit auf die Hand-

---

7) Darin, daß der Handwerker Bücher führt und sich dazu eines Buchhalters bedient, besteht noch kein kaufmännischer Geschäftsbetrieb (Seuff. A. 62, 30), auch kommt es nicht darauf an, ob sein Geschäft kaufmännische Organisation hat, sondern vielmehr, ob es solche erfordert.

8) Vgl. auch Goldmann S. 21; Ritter S. 13; Buchka, Lehmann S. 210; Lotze S. 409; Markus im Recht 1901 S. 170; Johow Bd. 21 S. 74; Mugdan-Falkmann Bd. 2 S. 143 u. 395; Bovensiepen S. 27.

9) So auch Erlaß des preuß. Min. f. Hdl. u. Gew. vom März 1901 bei Lastig S. 62; Lehmann-Ring Bd. 1 S. 39 Nr. 3; Goldmann Bd. 1 S. 29; Cosack S. 48; Lastig S. 70; Bovensiepen S. 21; RGSt. Bd. 24 S. 81 und 356; Johow Bd. 27 S. 301 ff.; Mugdan-Falkmann Bd. 6 S. 243 ff.; Preuß. OVGE. vom 30. 6. 1904 in DJZ. 10. Jahrg. S. 126 f.; „dafür, ob das Geschäft für ein handwerksmäßig betriebenes erachtet werden kann, ist nicht der Umfang des Geschäftes maßgebend, vielmehr müssen dabei die ganzen Betriebsverhältnisse berücksichtigt werden".

werker beziehen. Daß dies nicht der Fall ist, wird allenthalben, auch von Staub selbst zugegeben.

Auch glückt Staub [10]) die Rechtfertigung seiner Ansicht auf historischer Grundlage nicht. Denn abgesehen davon, daß ein Zurückgreifen auf die Materialien einem derartig klaren Wortlaut des Gesetzes gegenüber nur Unrichtigkeiten zur Folge haben kann, spricht die Entstehungsgeschichte gerade gegen ihn. Denn in der Denkschrift ist die besondere Aufführung der Handwerker damit begründet, daß dem Handwerkerstande die durch seine Betriebsverhältnisse bedingte Sonderstellung gewahrt bleiben müsse. Ein Antrag, die „Handwerker" auszuschalten, da auch hier der Umfang entscheiden solle, wurde nach dem Berichte der Reichstagskommission ausdrücklich abgelehnt in der Erwägung, „daß auch der im Großen betriebene Handwerksbetrieb sich nicht für die vollen Rechte und Pflichten des Kaufmanns eigne".

Ebenso abwegig ist die Ansicht Makowers [11]), der die für ihn maßgebenden Wesensmerkmale des Handwerks, Art und Umfang, willkürlich auseinanderreißt. Denn dies tut er, wenn er sagt: „Selbst, wenn die Art des Betriebes eine handwerksmäßige ist, der Betrieb mithin unter § 4 fällt, so ist § 1 Ziff. 2 anwendbar, wenn nur der Umfang des Betriebes ein mehr als handwerksmäßiger ist, wenn also z. B. ein Verkauf im Großen stattfindet [12])".

Einmal können Art und Umfang als Kriterien nicht anerkannt werden. Aber selbst wenn dies zulässig wäre, so ist eine Trennung der beiden Begriffe nicht angängig.

Denn Art und Weise der Produktion und Größe des Umsatzes sind beim Handwerk derart eng miteinander verbunden, daß die Größe des Umsatzes von der Art und Weise

---

10) Staub Bd. 1 S. 68 A. 9 zu § 4.

11) Makower a. a. O.

12) Dagegen mit Recht RGSt. Bd. 1 S. 381, Bd. 24 S. 357. Vgl. auch Bd. 24 S. 80.

der Produktion geradezu abhängig ist. Denn in dem Moment, wo sich das ändert, d. h. wo der Vertrieb von fertigen Waren einsetzt, bleibt das Unternehmen ein handwerksmäßiges nur solange, als dieser Handel zur Unterstützung des Handwerks stattfindet. Tritt dagegen der Verkauf von fertigen Waren in den Vordergrund und geht das reine Umsatzgewerbe über das „handwerksmäßige" — Makower meint kleingewerbliche — hinaus, so entsteht ein Großbetrieb, bei dem das Handwerk nur als Nebentätigkeit auftritt, und das eigentliche Handwerk in seiner Selbstständigkeit ist damit verschwunden.

Nur die Art, nicht der Umfang kann beim Handwerk entscheidend sein. Das lehrt schon das tägliche Leben. Auch das Handwerk weist Großbetriebe auf, die z. B. im Bauhandwerk [13]) nicht selten solche Dimensionen annehmen, daß sie manche Fabriken an Umfang weit übertreffen.

Diese Ausführungen waren erforderlich, um zu zeigen, daß die Fassung „sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht" nicht wörtlich zu nehmen ist. Das Gesetz will damit nichts anderes sagen als „sofern der Betrieb nicht nur ein handwerksmäßiger ist". Die Richtigkeit dieser Ansicht ist auch durch einen Bericht der Reichstagskommission zu belegen [14]).

Unsere Untersuchung führt uns also zu dem Ergebnis:

Auf Grund von § 1 Ziff. 2 und 9 können Handwerker nicht Kaufleute werden. Die, welche ein solches Gewerbe betreiben, sind nur Handwerker, d. h. Nichtkaufleute.

Handwerker in der Beschränkung des § 4 sind demnach einzig und allein die Inhaber eines unter § 1 Ziff. 1

---

13) Bezügl. des Bauhandwerks vgl. ROHG. Bd. 13 S. 344; RGSt. Bd. 28 S. 60, Bd. 33 S. 420; JW. 1900 S. 755, 1901 S. 844; Bolze Bd. 3 S. 137, Bd. 9 S. 333; vgl. auch von Landmann Bd. 2 S. 283 und den dort zitierten Mosthaf im württ. Gew.Bl. 1902 Nr. 29—33.

14) Komm. Ber. in Hahns Mat. Bd. 6 S. 533.

fallenden Handwerksbetriebs. Nur diese sind Minderkaufleute im Sinne des Gesetzes.

Hierunter fällt die große Masse der Handwerker: Tischler [15]), Gerber [16]), Töpfer [17]), Sattler, Drechsler, Buchbinder, Weber, Schneider [18]), Schuhmacher, Metzger [19]), Müller [20]), Bäcker [21]), Brauer [22]) u. a. m.

Als Resultat ergibt sich somit: Der Handwerker schlechthin ist entweder Nicht- oder Minderkaufmann. Er ist Minderkaufmann, wenn er ein Produktionsgewerbe mit Umsatz betreibt, d. h. wenn sein Gewerbe, um mit dem Gesetz zu reden, „die Anschaffung und Weiterveräußerung von beweglichen Sachen nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung" zum Gegenstand hat.

Alle übrigen Handwerker sind Nichtkaufleute und unterstehen dem bürgerlichen Recht.

Vollkaufleute sind die Handwerker als solche niemals.

Nimmt ihr Betrieb einen Charakter im Sinne von § 2 an, so haben sie aufgehört, Handwerker zu sein. In diesem Falle hängt die Eintragung von der Größe ihres Geschäftsbetriebs ab. Zunächst wird, wenn dieser jede Beziehung mit dem Handwerk verloren hat, Großbetrieb vorliegen. Doch ist auch möglich, daß ein Unternehmen seine handwerksmäßige Eigenart verloren und nicht die Grenzen des Kleinbetriebs überschritten hat.

---

15) Vgl. RG. Bd. 20 S. 127; ROHG. Bd. 12 S. 72.

16) Vgl. ROHG. Bd. 2 S. 442.

17) Vgl. Hans. 1909 S. 92.

18) Vgl. ROHG. Bd. 7 S. 237; RG. Bd. 51 S. 123; RGSt. Bd. 21 S. 211.

19) Vgl. RGSt. Bd. 31 S. 178; OLG. Bd. 8 S. 92; KGJ. Bd. 9 S. 14, Bd. 21 S. 71, Bd. 27 S 61.

20) Vgl. ROHG. Bd. 11 S. 241.

21) Vgl. ROHG. Bd. 4 S. 240; RGSt. Bd. 24 S. 356; Holdheim 1901 S. 204; Sächs. A. Bd. 14 S. 246.

22) Vgl. ROHG. Bd. 12 S. 97; OLG. Bd. 6 S. 234.

Der Kleingewerbetreibende.

§ 7.

Der Begriff Kleingewerbetreibender.

Die zweite Gruppe der Minderkaufleute bilden diejenigen „Personen, deren Gewerbebetieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht", kurz die Kleingewerbetreibenden [1]). Diesen Begriff, namentlich den „Umfang des Kleingewerbes" erklärt das Gesetz nicht, da eine generelle Fassung nicht angängig ist [2]). Die Scheidung des Kleinbetriebs vom Großbetrieb macht daher dieselben Schwierigkeiten, wie die von Handwerk und Fabrik.

Während beim Handwerk, wie wir gesehen, die Betriebsart das einzig entscheidende war, ist hier beim Kleingewerbe der Umfang allein maßgebend.

Den Umfang als Kriterium zwischen Groß- und Kleinbetrieb aufzustellen [3]), rechtfertigt sich einmal aus der Legalformulierung „deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht". Einen weiteren wichtigen Anhaltspunkt bietet die Denkschrift zum Entwurf eines HGB. und EG. S. 15, wo es heißt: „Tatsächlich wird in der Praxis der Registergerichte vielfach so verfahren, als ob der Kleingewerbetreibende überhaupt ohne Rücksicht auf die Gewerbsart vom Handelsregister ausgeschlossen sei und die Ausführungsverordnungen zum HGB. stehen gleichfalls zum Teil auf diesem Standpunkt. Es empfiehlt sich, denselben auch im Gesetz zur Anerkennung zu bringen." Das HGB. hat denn auch im bewußten Gegensatz zum alten HGB., welches Höker, Trödler, Hausierer usf. speziell als Kleingewerbetreibende aufführte

1) Über die Entstehung dieser Bestimmung vgl. Denkschr. bei Hahn, Mat. Bd. 6 S. 200 f.

2) Vgl. Prot. S. 527; RJA. Bd. 2 S. 132.

3) Vgl. Lehmann-Ring Bd. 1 S. 39 Nr. 2 zu § 4; Makower S. 17; Goldmann Bd. 1 S. 30; Ritter, Lehrb. S. 19; Lotze bei Gruchot Bd. 44 S. 408 ff; Bovensiepen S. 25; Weiß S. 29.

und damit den Gegenstand des Unternehmens mit betonte, allgemein die Kleingewerbetreibenden der Minderkaufmannschaft zugeteilt und so zu erkennen gegeben, daß der Betriebsart ein entscheidender Einfluß nicht mehr zukommt. Diese in den Vordergrund zu stellen, ist um so weniger gerechtfertigt, als sie bereits in § 1 Berücksichtigung gefunden hat. Denn alle anderen als die dort erwähnten Handelsgewerbe scheiden, wie später gezeigt werden wird, für „Kleingewerbe" vollständig aus [4]).

Auch die Ermächtigung des § 4 Abs. 3 für die Landesregierungen, nähere Bestimmungen zu erlassen, durch welche die Grenze des Kleingewerbes auf der Grundlage der nach dem Geschäftsumfang bemessenen Steuerpflicht festgesetzt wird, weist unzweideutig auf den Umfang als maßgebendes Element für den Unterschied zwischen Klein- und Großbetrieb hin. Dies verdient um so größere Würdigung, als die Kommission an Stelle des ursprünglich gewählten Ausdrucks „Geschäftsumsatz" antragsgemäß „Geschäftsumfang" setzte, da dies der weitere Begriff sei, bei dem alle verschiedenen Momente wie Anlage-, Betriebskapital, Umsatz, Ertrag usw. berücksichtigt werden könnten [5]).

Staub lehnt den Umfang als Kriterium für das Kleingewerbe ab. Er sieht im Kleingewerbe das gerade Gegenteil des in § 2 gemeinten Betriebs [6]), d. h. einen Betrieb, der nach „Art und Umfang" eine kaufmännische Ein-

---

4) Vgl. Johow Bd. 22 S. 279; OLG. Bd. 6 S. 466. Vgl. auch sächs. OLGE. v. 10. 8. 1904.

5) Hahn, Mat. Bd. 6 S. 540. Vgl. auch S. 54 unserer Abhandlung.

6) Staub S. 71 A. 19 zu § 4, mit ihm RGSt. Bd. 34 S1 103, Bd. 35 S. 289; JW. 1901 S. 505, 1903 S. 140, 1906 S. 205, 691; DJZ. 1902 S. 534, 1904 S. 1187, 1906 S. 1205; Holdheim 1908 S. 55; Seuff.A. Bd. 73 S. 47, 761; KGRspr. Bd. 8 S. 92; KGJ. Bd. 22 S. 276; ZBlFG. Bd. 7 S. 392.

richtung nicht erfordert. Er bekennt sich zu einer vollen Einheitlichkeit der Begriffsbestimmung für die §§ 2 und 4. Das Wort „Art" in § 2 will er, wie bereits erwähnt, einfach ignorieren. Unter Umfang des Geschäfts versteht er den quantitativen Inhalt der abgeschlossenen Geschäfte. Die oben dargelegten Anschauungen der Reichstagskommission über den Geschäftsumfang erscheinen ihm unklar und unzutreffend. Denn das Anlagekapital könne groß und der Umfang klein sein und umgekehrt. Ebenso könne der Ertrag klein und der Umfang doch groß sein, wie dies immer dann der Fall sei, wenn mit Verlust gearbeitet werde. Auch der Umsatz entscheide nicht absolut, da es denkbar sei, daß ein großes Geschäft längere Zeit seine Vorräte nicht los werde; alsdann sei der Umsatz klein gewesen, der Umfang des Betriebs dagegen groß, da der quantitative Inhalt der Geschäfte, nämlich in diesem Falle der Einkaufs-, Bestellungs-, Fabrikations- und Hilfsgeschäfte groß gewesen sei[7]).

Diese Ansicht Staubs kann natürlich nicht unwidersprochen bleiben. Der Ausdruck „Art" ist unmöglich aus § 2 ohne weiteres zu eliminieren[8]). Ein Betrieb, der nur seines Umfanges wegen kaufmännische Organisation erfordert, fällt noch nicht unter § 2; auch die Art des Unternehmens soll kaufmännische Einrichtungen benötigen. Denn einesteils kommen umfangreiche Betriebe vor, bei denen die Erledigung der Geschäfte so glatt und durchsichtig ist, daß das allgemeine Interesse eine kaufmännische Organi-

---

7) Vgl Staub S. 72 A. 19 zu § 4.

8) Indizien kaufmännischer Betriebsweise dürften sein: „die Notwendigkeit einer nach kaufmännischen Grundsätzen geordneten Buchführung, der Gebrauch der Firma, die Art der Korrespondenz, der Kassenführung, der Zahlungsleistungen, der Verwendung gewisser Arten von Hilfspersonen" (Denkschr. S. 8, Mat. S. 195), periodische Aufstellung von Inventar und Bilanz (KG.Rspr. Bd. 2 S. 395; ZBlFG. Bd. 2 S. 280; Holdheim 1901 S. 204; KGBl. 1901 S. 19 u. a. dergl. mehr).

sation nicht verlangt[9]). Andernteils lassen sich geringfügige Unternehmen denken, deren Geschäftsgang äußerst kompliziert ist, aber zu kaufmännischen Einrichtungen nicht zwingen, weil erhebliche Vermögensinteressen wegen des geringen Umfanges nicht in Frage stehen.

Der ersteren Art (mit einfacher Geschäftsabwicklung) gehören insbesondere Unternehmen an, die nur über einen enggezogenen, meist in den Grenzen des heimatlichen Bodens sich haltenden Kundenkreis verfügen und ausschließlich auf vorherige Bestellung und gegen sofortige Ablohnung arbeiten, man denke an Gesindevermittlungsbureaux, Tanzlehrinstitute usw. Der anderen Art sind solche Betriebe, die über ein ausgedehntes Gebiet hin tätig werden müssen, und bei denen die Anknüpfung sowie Erhaltung der Geschäftsbeziehungen besondere Maßregeln erfordern[10]). Es hat also seine gute Berechtigung, wenn die Notwendigkeit kaufmännischer Betriebsweise nach beiden Seiten hin, nach Art und Umfang für § 2 geprüft werden soll[11]) [12]).

Aus diesen Gründen ist die Auffasung Kuckuck-Rottweils[13]) von § 2 dahingehend, daß es Art oder Umfang heißen müsse, zurückzuweisen. Am weitesten geht Ritter[14]),

---

9) OLG. Bd. 2 S. 142. Vgl. auch RGSt. in DJZ. 1904 S. 1187, aber auch OLG. Bd. 7 S. 145 f.

10) Man denke nicht, die kleingewerbliche Grenze sei schon dann überschritten, wenn der Unternehmer sehr weitgehende Geschäftsverbindungen hat; denn das kann durch die Verschiedenheit der zu führenden Waren oder durch die Eigenart des Betriebs bedingt sein.

11) Vgl. Lotze in Gruch. Beitr. 4. Jahrg. S. 404 ff.

12) Vgl. RGSt. Bd. 34 S. 103, Bd. 35 S. 288; JW. 1908 S. 149; DJZ. 1902 S. 534, 1904 S. 1187, 1906 S. 1205; RJA. Bd. 1 S. 191; Rspr. Bd. 2 S. 396; KGJ. Bd. 21 S. 71; KGBl. 1901 S. 18, 1902 S. 28; Sächs.OLG. Bd. 23 S. 453.

13) Kuckuck bei Holdheim 1904 S. 127; auch KG. i. Jahrb. Dtsch. Rechts 1904 § 2 Nr. 2.

14) Ritter, HGB. S. 11 A. 3 zu § 2.

der die Worte „Art und Umfang“ überhaupt überflüssig findet. „Bedarf ein Unternehmen kaufmännischer Betriebsweise, so bedarf es ihrer eben, das Unternehmen als solches in der Gesamtheit seiner Beziehungen. Ein Unternehmen, das kaufmännisch eingerichtet sein muß, wegen seiner Art, muß es also auch wegen seines Umfanges sein (wäre dieser noch so gering) und umgekehrt.“

Abwegig erscheint endlich auch die Ansicht von Lehmann-Ring [15]), die in der Kreditgewährung das maßgebende Element erblicken. Sie führen aus, wo ein Gewerbe Kredit- und Debetposten zwischen dem Kaufmann und seinen Kunden ausschließe oder doch zu den Ausnahmefällen mache, werde es seiner Art nach einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb nicht erfordern [16]). Diese Deduktion krankt, wie Lastig mit Recht hervorhebt, an einer Verwechslung von Art des Unternehmens und Art oder Weise des Geschäftsbetriebs. Daß auf Kreditgewährung die Unterscheidung nicht abzustellen ist, beweist schon die Tatsache, daß gerade in den modernen Warenhäusern der Ein- und Verkauf regelmäßig nur gegen bar oder Nachnahme erfolgt. Wohlweißlich unterlassen Lehmann-Ring aus ihrer Ansicht die Konsequenz zu ziehen, nämlich, daß jedes gewerbliche Unternehmen, zu dessen Geschäftsbetrieb Kreditgewährung gehört, dann ein handelsrechtliches wäre.

Zu gleich irrtümlichem Resultat führt Staubs Standpunkt, wonach ein Kleingewerbe dann vorläge, wenn der Betrieb nach „Art“ und Umfang kaufmännische Einrichtung nicht erfordert [17]). Daß in § 4 auf die Art im Gegensatz zum alten HGB. [18]) entscheidendes Gewicht nicht mehr

---

15) Lehmann-Ring Bd. 1 S. 32 Nr. 5 zu § 2.

16) Mit Lehmann-Ring a. a. O. und Johow Bd. 9 S. 16.

17) RGSt. Bd. 34 S. 103, Bd. 35 S. 289; auch Makower S. 15; RG. in Kfm.-Rspr. 1902 S. 7 v. 6. 6. 1902; RG. in JW. 1903 S. 140 v. 17. 10. 1902.

18) Hahns Mat. Bd. 6 S. 201.

gelegt wird, ist eingangs an Hand der Fassung des Abs. 1 und an der Ermächtigung an die Landesregierungen des Abs. 3 darzutun versucht worden [19]). Einzig der Umfang gibt den Ausschlag [20]).

„Ist aber für das Prinzip des § 2 der Umfang und die Art, für das des § 4 aber nur der Umfang des Gewerbes maßgebend, so läßt sich doch wohl nicht annehmen, daß diese beiden Prinzipien sich decken“ [21]) [22]). Um so erstaunlicher erscheint es, daß selbst das Reichsgericht [23]) allgemein sich dahin ausgesprochen hat, daß „die Vorschriften über Führung von Handelsbüchern usw. außer Anwendung bleiben sollen, wo ein Gewerbe nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert.“

Überhaupt ist es unzulässig, einen Paragraphen zur Erklärung eines anderen zu benutzen, wenn diese inhaltlich nichts gemein haben, sondern völlig selbständig nebeneinander stehen. Es geht also nicht an, das positive Element des § 2, „Erforderlichsein einer kaufmännischen Organisation“, durch Umkehrung als negatives Erfordernis in § 4 hineinzutragen.

Ferner bemerkt Lotze zutreffend, würde, wenn für die Begriffsbestimmung des Kleingewerbes das „Nichterforderlichsein der kaufmännischen Organisation“ maßgebend sein sollte, eine Begrenzung des Kleingewerbes auf Grund der

---

19) A. M.: Düringer-Hachenburg S. 154 A. 10 zu § 4; RG. i. Lpz. Ztschr. 1907 S. 49 u. L.Hdlsk.

20) OLG. Bd. 8 S. 251, Bd. 6 S. 435.

21) Lotze a, a. O. S. 409; vgl. weiter Goldmann S. 21; Johow Bd. 21 S. 74; Mugdan-Falkmann Bd. 2 S. 143, 395; Lehmann S. 31; Ritter, Allgem. Lehren d. HR. S. 13; Buchka-Lehmann S. 210; Bovensiepen S. 27; Weiß S. 19 ff., 30; Markus im Recht 1901 S. 170.

22) Daher kann es vorkommen, daß ein Unternehmen die kleingewerbliche Grenze seines Umfanges wegen überschritten hat, ohne doch wegen seiner einfachen Betriebsart unter § 2 zu fallen.

23) RGSt. Bd. 34 S. 103.

Besteuerung im Sinne von § 4 Abs. 3 unmöglich sein, denn ein Steuergesetz, aus dem erkennbar sein könnte, welche Zensiten ihrem Geschäftsbetriebe im allgemeinen Interesse eine kaufmännische Organisation geben müßten, lasse sich wohl nicht denken. Der Gesetzgeber hat aber mit seinem § 4 Abs. 3 etwas unausführbares nicht schaffen wollen[24]).

Nicht zu dem unsrigen möchten wir dagegen Lotzes weiteren Einwand machen, daß auch der Minderkaufmann nach dem Muster seiner bedeutenderen Berufsgenossen sein Geschäft kaufmännisch einrichten wird, so daß auch dieses, wenn nicht in vollem Umfange, so doch Anfänge kaufmännischen Charakters tragen wird. Es müßten daher, sagt Lotze, vorher die Merkmale fixiert werden, welche einer vollständigen und einer solchen kaufmännischen Geschäftsführung eigen sind, deren Erforderlichsein einen Gewerbetreibenden aus der Zahl der Minderkaufleute herauszuheben vermag. Die in der Denkschrift S. 9 genannten Momente könnten wohl einen Grenzpfahl bilden zwischen nichtkaufmännischen und kaufmännischen Gewerben, nicht aber zwischen minder- und vollkaufmännischen Geschäft; denn nach welch anderen Grundsätzen, als nach kaufmännischen könnte wohl die Regelung erfolgt sein?!

Lotze übersieht dabei, daß nicht darauf der Schwerpunkt liegt, daß der Betrieb eine kaufmännische Organisation hat, sondern daß er eine solche erfordert[25]). Weiter ist ihm mit Bovensiepen zu entgegnen, daß der

---

24) Vgl. Denkschr. S. 17; vgl. dazu auch Staub Bd. 1 S. 72 A. 21 zu § 4.

25) Denselben Fehler hat selbst das RG. einmal begangen, wenn es in seinem Erkenntnis ausführt, es würde bezüglich der Beurteilung eines Kaufmannes als Vollkaufmann „dem Sinne der Vorschriften des jetzigen HGB. vor allem eine Prüfung entsprochen" haben, ob nach Art und Umfang des Geschäfts überhaupt ein in kaufmännischer Weise eingerichteter Betrieb vorlag! (RGSt. Bd. 34 S. 103.)

Großbetrieb sehr wohl ihm eigentümliche Kennzeichen an sich trägt, die ihn von dem Kleingewerbe genau abheben. Wenn auch ein solches kaufmännisches Organisationsgebilde, wie wir es nennen möchten, sich nicht scharf wird zeichnen lassen, so wird der Registerrichter im konkreten Falle doch seine Eigenart erkennen. Auch hier, wie bei der Abgrenzung von Handwerk und Fabrik, darf er nicht nach seinem eigenen Ermessen gehen, sondern muß seine Entscheidung an der Hand der von Judikatur und Doktrin anerkannten Faktoren und unter Zugrundelegung aller Umstände des einzelnen Falles treffen.

Als Anhaltspunkte werden für die Beantwortung der Frage nach Groß- oder Kleinbetrieb Bedeutung gewinnen:

„Das zum Betrieb verwendete Kapital, der Umsatz, der Ertrag, die Gewerbesteuer; die Größe und Beschaffenheit der dem Betriebe gewidmeten Räumlichkeiten, die Organisation des Betriebes, insbesondere aber, ob er in der Hauptsache von der persönlichen Arbeitskraft des Inhabers ausgefüllt wird, oder ob darin eine größere Anzahl von Angestellten unter Ausnutzung des Prinzips der Arbeitsteilung beschäftigt ist“ [26]). Ferner nimmt der Großgewerbetreibende Kreditwesen und Wechselverkehr [27]) in seiner vollen Ausdehnung unbeschränkt durch örtliche Entfernungen in Anspruch, während der Kleingewerbetreibende mit seinem geringen, gewöhnlich eigenen Betriebsfonds in gedrängtere, meist in die engen Grenzen des heimatlichen Kundenkreises gewiesen ist.

Des Großhändlers Einkauf erfolgt zumeist vom Produzenten direkt und der Vertrieb in nur großen Quantitäten; der Kleinhändler bezieht erst vom Großhändler oder aus dritter Hand und gibt die Waren im offenen Laden in vom

---

26) OLG. Bd. 6 S. 466.

27) Vgl. JW. 1907 S. 55; Recht 1906 S. 947; RJA. Bd. 2 S. 191; Holdheim 1901 S. 204; ZBlFG. Bd. 2 S. 279; Rspr. Bd. 2 S. 395.

Konsumenten augenblicklich benötigten kleinen Mengen ab [28]).

Die aufgeführten Merkmale sind hauptsächlich quantitativer Natur, die qualitativen Momente sind von nur untergeordneter Bedeutung, insofern, als sie höchstens einen Rückschluß auf den Geschäftsumfang zulassen [29]). In unserem Sinne, daß der Umfang entscheidet, der Unterschied also ein quantitativer ist, äußert sich auch Lotze. Er will zwar die „qualitativen" Merkmale maßgebend sein lassen, die von ihm so genannten sind aber quantitative. Denn er sagt: „Bei dem Versuche, die Grenze zu finden, wird aber der größte Nachdruck darauf zu legen sein, daß der Unterschied zwischen Großbetrieb und Kleinbetrieb nicht gesucht werden darf in der äußeren Form, in der jedes dieser Gewerbe in die Erscheinung tritt, sondern, daß der Unterschied ein qualitativer (!) ist. Der Umfang der Gewerbebetriebe ist das entscheidende Merkmal ..... Er soll entscheiden, mit welchen Mitteln das Geschäft arbeitet (Anlage und Betriebskapital), welche Bedeutung (Umsatz) und welchen Erfolg (Ertrag) das Geschäft hat. Alle anderen Momente, wie die Organisation des Geschäfts, ... die maschinellen Einrichtungen ... können nur erst mittelbar ... in Betracht kommen."

Aber auch die quantitativen Merkmale sind nicht zum mindesten unbedingt verläßlich. Nie darf in Ansehung derselben vergessen werden, daß keines von ihnen allein den einen oder anderen Begriff zu erfüllen und im Falle des Nichtvorhandenseins ihn auszuschließen vermag. Umgekehrt ist „die Annahme z. B. des Großbetriebs nicht davon

---

28) Vgl. Goldschmidt S. 510 f.; Lotze S. 413; Cohn i. Recht 1903 S. 224 ff.; RG. i. DJZ. 1904 S. 587; Mugdan-Falkmann Bd. 6 S. 466, Bd. 8 S. 244; Johow Bd. 22 S. 278. Vgl. auch die Angabe der Merkmale bei Philippowich Bd. 1 S. 176 ff., sowie Noack in Buschs Arch. Bd. 2 S. 23 f.

29) Vgl. OLG. Bd. 8 S. 90.

abhängig, daß diese Momente sämtlich zusammentreffen [30]), es genügt vielmehr, daß der Betrieb seiner gesamten Beschaffenheit nach zu einer kaufmännischen Organisation um seines Umfanges willen hindrängt" [31]).

Zur kritischen Beleuchtung der Wesensmerkmale übernehmen wir vollinhaltlich die Worte Staubs: daß das Anlagekapital groß, der Umfang aber klein sein kann, und umgekehrt. Ebenso kann der Ertrag klein und der Umfang groß sein, z. B. bei schlechter Konjunktur. „Auch der Umsatz entscheidet nicht absolut, da es vorkommen kann, daß ein großes Geschäft längere Zeit seine Vorräte nicht los wird, alsdann ist der Umsatz klein gewesen und doch der Umfang des Betriebes groß" [32]). Staub gibt also zu, daß Umfang und Umsatz sich keineswegs decken und zeigt damit nur zu gut, wie unrecht er hat, im Umfang den quantitativen Inhalt der Geschäfte zu sehen [33]). Die Umstände, die ein Unternehmen als Großbetrieb charakterisieren, brauchen ein anderes nicht zwingend aus dem Rahmen des Kleingewerbes herauszuheben.

Der Beurteilung, ob Groß- oder Kleinbetrieb, hat der Richter die Sachlage zu eben der in Frage kommenden Zeit zu Grunde zu legen [34]) ohne Rücksicht darauf, ob das Geschäft in absehbarer Zeit zum Großbetrieb heranwächst. Denn seinen Betrieb in große Bahnen zu leiten, wird eines jeden ehrgeizigen Unternehmens vornehmstes Ziel sein. Nur wenn der Betrieb von vornherein ins Große zugeschnitten ist und das alsbaldige Entfalten zum Großbetrieb

---

30) Johow Bd. 22 S. 278; Mugdan-Falkmann Bd. 6 S. 467.

31) OLG. Bd. 6 S. 466.

32) Vgl. auch RG. in JW. 1901 S. 505 Nr. 6. Daher hat Lastig S. 52 unrecht, wenn er das Kriterium des Kleingewerbes in der Höhe des Umsatzes sieht.

33) Vgl. Staub S. 58 A. 8 zu § 2, S. 71 A. 19 zu § 4.

34) Vgl. in diesem Zusammenhang Mugdan-Falkmann Bd. 3 S. 405 und kaufm. Rspr. 1902 S. 7 f.

bevorsteht, ist das Gewerbe auch schon vor seiner vollen Ausbildung als Großbetrieb anzusehen [35]).

Ziehen wir zum Schluß das Ergebnis unserer Darstellung über den Begriff des Kleingewerbes, so ergibt sich: eine abstrakte, allgemein gültige, erschöpfende Definition von Kleingewerbe läßt sich nicht geben [36]); in Zweifelsfällen steht es beim Richter, sich auf Grund der mannigfachen Merkmale und der jeweilig verschiedenen Sachlage für das Groß- oder Kleingewerbe zu entscheiden.

§ 8.

Ist jeder Kleingewerbetreibende Minderkaufmann?

Wie für den Handwerker kommen aus gleichen Gründen für den Kleingewerbetreibenden die §§ 2 und 3 nicht in Betracht. Es bleiben also auch dem Kleingewerbetreibenden nur die Grundhandelsgewerbe nach § 1.

Aber selbst davon muß noch eine Ausnahme gemacht werden. Es scheidet nämlich in § 1 Ziff. 5 das Personentransportgewerbe zu Lande und auf Binnengewässern aus. Denn Ziff. 5 spricht von „Anstalten" und meint damit Großbetrieb, also nur in diesem Falle untersteht das Personentransportgewerbe den handelsrechtlichen Vorschriften.

Alle anderen Gewerbe des § 1 stehen dem Kleingewerbe offen, selbst das Be- und Verarbeitungsgewerbe der Ziff. 1 [1]).

---

35) Vgl. OLG. Bd. 6 S. 466, Bd. 7 S. 146 ff., Bd. 14 S. 330; Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 154 A. 11 zu § 4.

36) So auch Hahn, Mat. Bd. 6 S. 540.

1) Nach Voß in DJZ. 1903 S. 44 ist Anschaffung Einkauf von Waren und deren Weiterverkauf; dagegen mit Recht Orthal ebendaselbst S. 197. Anschaffung ist abgeleiteter entgeltlicher Erwerb beweglicher Sachen zu Eigentum mittelst Geschäft und Lebenden (Pl. ERG. Bd. 31 S. 18; vgl. auch RG. Bd. 20 S. 10, Bd. 22 S. 128, Bd. 24 S. 109, Bd. 26 S. 35, Bd. 38 S. 30, Bd. 45 S. 100, Bd. 52 S. 323); besser: Anschaffung ist das auf solchen Er-

Staub [2]) bringt die Inhaber eines solchen Unternehmens ausnahmslos unter den Begriff Handwerker [3]); doch geht er damit entschieden zu weit. Denn wenn auch die Bearbeitung und Verarbeitung im Sinne der Ziff. 1 die spezifische Tätigkeit des Handwerks darstellt, so lassen sich doch auch Unternehmen denken, die, ohne handwerksmäßig zu sein, die Anschaffung und Weiterveräußerung unbeweglicher Sachen nach stattgefundener Be- und Verarbeitung zum Gegenstand haben. Als Beispiel sei die gewerbsmäßige Anschaffung von Tieren und ihre Weiterveräußerung, nachdem sie gemästet, aufgezogen oder dressiert worden sind [4]), genannt.

Was Ziff. 2 und 9 anlangt, so wollen mehrere Schriftsteller [5]) den Minderkaufleuten auch diese Gewerbe verschließen. Denn ihre Inhaber sind „entweder Vollkaufleute oder Nichtkaufleute, als Minderkaufleute kommen sie also überhaupt nicht in Betracht". Auch dieser Standpunkt Staubs [6]) fordert zum Widerspruch heraus. Seine Berufung auf den Gesetzestext, der die betreffenden Gewerbe als Handelsgewerbe scheinbar nur dann charakterisiert, sofern ihr „Betrieb über dem Umfang des Handwerks hinausgeht", ist nicht durchschlagend. Denn, wie früher darzutun versucht ist, besagt der obige Wortlaut nichts anderes, als „bei nicht bloß handwerksmäßigem Betriebe". Liegt doch bei Handwerk der Schwerpunkt auf qualitativer, nicht auf quantitativer Seite.

---

werb gerichtete entgeltliche Vertragsgeschäft (vgl. RG. Bd. 21 S. 32, Bd. 42 S. 13, Bd. 56 S. 431).

2) Staub in DJZ. 1898 S. 423.

3) Dasselbe tut Cohn im Recht 1903 S. 223.

4) KG. Bl. 1900 S. 77 (Kauf von Kühen zwecks Abmelkung und des Weiterverkaufs).

5) Staub a. a. O. u. Bd. 1 S. 45 Art. 56 zu § 1; Bovensiepen S. 25; Cohn a. a. O. (Rudorff HGB. S. 5; auch von Landmann Bd. 2 S. 283.)

6) Staub DJZ. a. a. O.

Lotze, der gleicher Ansicht wie Staub ist, argumentiert [7]): „. . . einige dieser — in § 1 aufgezählten — Gewerbetreibenden werden erst Vollkaufleute, wenn ihr Betrieb ein umfangreicher ist, also über den des Kleingewerbes hinausgeht". Diese Deduktion steht im schärfsten Gegensatz zum Wortlaut des Gesetzes. Denn, damit ein Gewerbe im Sinne von Ziff. 2 und 9 zum Handelsgewerbe erwächst, ist nötig, daß es über den Umfang nicht des Kleinbetriebs, sondern des Handwerks hinausgeht.

Die Gewerbe von Ziff. 2 und 9 werden also Handelsgewerbe nur bei nicht handwerksmäßiger Betriebsart! Es kann daher vorkommen, daß ein handwerksmäßiges Unternehmen diese seine handwerksmäßige Eigenart abstreift, ohne dennoch über das Kleingewerbe hinauszugehen [8]). Denn wegen der verschiedenen Kriterien ist „Handwerk" und „nicht mehr Handwerk" keineswegs identisch mit „Kleinbetrieb" und „Großbetrieb".

Es ergibt sich also: außer dem in Ziff. 5 erwähnten Personentransportgewerbe sind sämtliche unter § 1 fallenden Gewerbe geeignetes Betätigungsfeld für das Kleingewerbe, zum mindesten begrifflich. Praktisch dürften allerdings Prämienversicherung (Ziff. 3), Bankier- und Geldwechlergeschäft (Ziff. 4), sowie die Beförderung von Gütern oder Personen zur See (Ziff. 5) regelmäßig im Großbetrieb auftreten.

Ist nun festgestellt, daß nicht jeder Kleingewerbetreibende unter § 1 fällt, also Kaufmann ist, so müssen wir noch weiter gehen und sagen, selbst nicht jeder dem § 1 unterstellte Kleingewerbetreibende ist Minderkaufmann!

Sogar Kleinbetrieb kann zum Vollkaufmann machen, wenn nämlich der Unternehmer eine juristische Per-

---

7) Lotze bei Gruchot Bd. 44 S. 408.

8) Vgl. Goldmann S. 30; Litthauer S. 13a; Antrag einer Handelskammer bei Lastig S. 52.

son des Handelsrechtes ist[9]), d. h. eine Aktiengesellschaft, Aktienkommanditgesellschaft, Gesellschaft m. b. H. oder Eingetragene Genossenschaft[10]). Diesen kaufmännischen Gesellschaftsformen soll ohne Rücksicht auf Gegenstand und Umfang des Unternehmens das vollkaufmännische Wesen gewahrt bleiben. Für andere juristische Personen des öffentlichen oder Privatrechtes gilt Gleiches nicht: Sie sind als Inhaber eines Kleingewerbes Minderkaufleute.

Das tägliche Leben kennt die verschiedensten Kleingewerbetreibenden als Minderkaufleute: hauptsächlich kommen in Betracht die Höker, Hausierer, Trödler, kleine Alt- und Kunsthändler, die gewöhnlichen Schiffer und Fuhrleute, ferner aber und in erster Linie die Kaufleute des Alltags, wie Materialwaren-[11]), Delikatessen-, Zigarrenhändler, gewöhnliche Wirte[12]), endlich kleine Warenagenten[13]), Krämer, Kommissionäre, Spediteure, Lagerhalter und viele andere mehr.

§ 9.

Die Befugnisse der Landesregierungen.

Mit den Handwerkern und Kleingewerbetreibenden ist die Zahl der Minderkaufleute erschöpft. Heute können die Landesgesetzgebungen nicht mehr, wie unter der Herrschaft des alten HGB.[1]) den Kreis der Minderkaufmannschaft beschränken oder erweitern. Es besteht nur nach § 4 Abs. 3 die Ermächtigung für die Landesregierungen, auf Grund-

9) Es wird allerdings auch nach Art. 22 Abs. 1 EG.HGB. noch Kaufleute geben, die trotz geringfügigem Gewerbebetriebs wegen ihrer eingetragenen Firma als Vollkaufleute gelten; vgl. Laband in DJZ. 1900 S. 14.

10) Nur theoretisch wichtig, praktisch kommt es nie vor.

11) Marienwerder S. A. 53 Nr. 166.

12) Vgl. JW. 1908 S. 148; Hamburg. KG. Bd. 9 S. 240, Bd. 12 S. 404.

13) Kiel, Schleswig-Holstein A. 1908 S. 89.

1) Art. 10 Abs. 3 AHGB.

lage der nach dem Geschäftsumfang bemessenen Steuerpflicht und in Ermangelung einer solchen Besteuerung nach anderen Merkmalen die Grenze des Kleingewerbes näher festzusetzen [2]).

Die Landesregierungen müssen sich demnach im Rahmen des § 4 halten: Lediglich die Grenze zwischen Klein- und Großbetrieb dürfen sie genauer fixieren; auf die Bestimmung des Begriffs „Handwerker" haben sie keinerlei Einfluß. Auch ist die Befugnis nach § 4 Abs. 3 nicht sowohl der Landesgesetzgebung, als den Landesregierungen delegiert. „Es handelt sich hierbei nicht um partikularrechtliche Vorbehalte, sondern um zur Ausführung des Reichsrechts von den Exekutivorganen der Einzelstaaten zu treffende Anordnungen" [3]). Der Mitwirkung des Landtags bedarf es dabei nicht. Daraus folgt, daß die erlassenen Bestimmungen zwar materielles, nicht aber formelles Gesetz sind. Es handelt sich hier also formell um eine Verordnung, materiell um ein Gesetz, d. h. um eine Rechtsverordnung [4])!

Will ein Bundesstaat von seinem Rechte Gebrauch machen, so kann er die Wege der Verordnung [5]) oder des Verwaltungsaktes einschlagen [6]) [7]).

---

2) Zuständig für den Erlaß diesbezüglicher Bestimmungen sind: in Preußen der Justizminister und der Minister für Handel und Gewerbe gemeinschaftlich; vorher sollen diese in der Regel die Organe des Handelsstandes gutachtlich hören (§ 1 des preuß. AG. zum HGB.); in Bayern und Sachsen: der Justizminister und der Minister des Innern (§ 25 der bayr. Verordnung vom 24. 12. 1899, § 1 der sächs. Verordnung vom 10. 10. 1899); in Mecklenb.-Schwerin diese gemeinschaftlich (§ 1 des Meckl. AG. zum HGB.).

3) Lehmann-Ring Bd. 1 S. 39 Nr. 4 zu § 4.

4) Vgl. Laband Bd. 2 S. 80 § 58; Meyer S. 472 f.; Plange S. 22.

5) Art. 10 Abs. 3 AHGB.

6) Nur den Weg der Verordnung will Cosack (S. 42 6. Aufl.), nur den des Verwaltungsaktes Goldmann (S. 33) zulassen.

7) So auch Staub Bd. 1 S. 72 A. 22 zu § 4.

Bovensiepen [8]) meint, auch den Weg der Gesetzgebung könne die Landesregierung beschreiten, denn wenn sie zur selbständigen Erledigung berechtigt sei, so bliebe es ihr auch unbenommen, sich freiwillig dieser Machtbefugnisse zu entkleiden und diese Regelung gemeinsam mit der Volksvertretung legislatorisch vorzunehmen [9]). Diese Auffassung widerstreitet der klaren Fassung des Gesetzes. Denn § 4 Abs. 3 spricht ausdrücklich von Landesregierung, nicht von Landesgesetzgebung. Daß ein Gesetz dem Zwecke des § 4 Abs. 3 nicht dienen kann, beweist deutlich die Entstehungsgeschichte dieses Absatzes [10]). Es lag der Antrag vor, „Landesregierungen" durch „Landesgesetzgebung" zu ersetzen, mit der Begründung, daß die Volksvertreter, enger mit dem täglichen Leben verknüpft, durch ihre Erfahrungen den Wünschen des Kleingewerbes ein verständigeres Ohr leihen würden, als die zur Schablone geneigten Verwaltungsbehörden.

Dagegen sprach aber die Erwägung, daß eine legislatorische Regelung zu schwerfällig und eine Korrektur von Fehlern im Verwaltungswege viel leichter sei. So blieb es bei der Regierungsvorlage. Aus dieser Darlegung erhellt nur zu gut, daß dem Gesetzgeber nichts ferner gelegen hat, als den Erlaß der Gesetzgebung zuzuweisen.

Will eine Landesregierung eine Anordnung im Sinne von § 4 Abs. 3 treffen, so hat sie, wenn ihr Steuergesetz die Steuerpflicht nach dem Geschäftsumfange statuiert, diese Besteuerung der Grenzbestimmung zugrunde zu legen. Nur wenn eine derartige Klassifizierung nicht vorgesehen ist, darf die Festsetzung nach andern Gesichts-

---

8) S. 29.

9) Gleicher Ansicht ohne Begründung Staub in früherer (6./7.) Aufl. Bd. 1 S. 75 A. 11 zu § 4.

10) Vgl. (Komm.Ber. S. 9 ff., bei Hahn) Mat. S. 539.

punkten, etwa im Anschluß an die Betriebsstatistik [11]) erfolgen. Primo loco fragt sich also: besteht in dem betreffenden Staate ein Gesetz, das auf einer nach dem Geschäftsumfange bemessenen Steuerpflicht basiert?

Für Preußen wird dies von Staub [12]) und Bovensiepen [13]) verneint. Die preußische Gewerbesteuer bemißt sich nämlich nach dem Werte des Anlage- sowie Betriebskapitals und dem Ertrage (§ 6 Pr.GewStG. vom 21. 7. 1891). Daß diese Merkmale den Begriff „Geschäftsumfang" nicht decken, ist Staub ohne weiteres zuzugeben. Das erkennt auch Dove [14]) an. Im Gegensatz zu Staub spricht sich Dove aber für die Verwertbarkeit der preußischen Gewerbesteuer für § 4 Abs. 3 aus. Denn wirtschaftlich werde im allgemeinen mit dem Anlage- und Betriebskapital auch der Geschäftsumfang, mit diesem auch der Ertrag steigen. Auch habe man bei Festlegung jenes Steuermomentes in erster Linie an Preußen gedacht. Es gebe wohl auch sonst keinen Einzelstaat, in welchem der Nonsens einer nach dem Geschäftsumfang im eigentlichen Sinne bemessenen Besteuerung schon zur Geburtszeit des HGB. bestanden hätte. Derartige Experimente würden wohl erst das Krämergeschrei gegen die Großbazare heraufbeschwören.

Es bedarf wohl keines weiteren Hinweises, daß Doves Ausführungen jeden wissenschaftlichen Fundamentes entbehren und lediglich argumenta ad hominem über die Folgen des gegnerischen Standpunktes sind. Gleichwohl wird man im Ergebnis, daß die preußische Gewerbesteuer für die Zwecke des § 4 verwendbar sei, Dove zustimmen müssen, nur dürfte zu diesem Resultate auf gesünderem, festerem Boden zu gelangen sein.

---

11) Vgl. Gareis HGB. S. 24 Nr. 11 zu § 4.
12) Staub in DJZ. 1898 S. 424 f.
13) Bovensiepen S. 30 f.
14) Dove bei Holdheim 1898 S. 297 ff.

Der Geschäftsumfang läßt sich, wie Staub selbst zugibt, zahlenmäßig nicht fixieren und würde daher, streng genommen, als Richtschnur einer Besteuerung nicht verwertbar sein. So würde sich § 4 nach dem genauen Wortlaut des Abs. 3 als eine Vorschrift darstellen, die praktisch nicht durchzuführen wäre. Daß dies nicht dem Geiste des Gesetzes entspricht, zeigt sich um so mehr, als die Kommission [15]) den ziffernmäßig feststellbaren „Umsatz" durch den weiteren Begriff „Umfang" ersetzt hat. Damit hat es deutlich zu erkennen gegeben, daß auch eine auf anderen quantitativen Merkmalen als auf Umsatz fußende Besteuerung mit § 4 Abs. 3 sich vereinen läßt und im allgemeinen eine Steuerpflicht ausreicht, die nach quantitativen Momenten bemessen ist [16]).

Praktisch ist diese Kontroverse noch nicht geworden, denn Preußen hat bis jetzt sich jeder Regelung enthalten.

Begrenzt nun aber eine Landesregierung den Begriff des Kleingewerbes und zwar abweichend von anderen Bundesstaaten, so entsteht die weitere Frage, ob dieser Anordnung verbindliche Kraft auch über die Grenzen des sie erlassenden Staates innewohnt. Bovensiepen [17]) lehnt mit Recht eine solche Erstreckung der Einzelstaatsgewalt ab, da die Geltung partikularrechtlicher Verordnungen nicht weiter reichen könne als die Macht der sie ins Leben rufenden Rechtsquelle.

Diese Ansicht allein ist juristisch haltbar, auch das Gebot der Rechtssicherheit kann zu anderer Auffassung nicht bekehren. Gewiß ist es bedauerlich, daß — was unbestritten ist — der Inhaber mehrerer Handelsgewerbe, die unabhängig voneinander in verschiedenen Bundesstaaten, aber sonst in gleicher Weise und in gleichem Um-

15) Komm.Ber. S. 10; bei Hahn, Mat. S. 540.
16) Vgl. Plange S. 21.
17) Bovensiepen S. 32.

fange betrieben werden, möglicherweise für das eine als Minderkaufmann, für ein anderes als Vollkaufmann zu gelten hat [18]) [19]). Daß nun nach unserer Meinung ein Kaufmann selbst hinsichtlich d e s s e l b e n Geschäftes in einem Lande als Voll-, im zweiten als Minderkaufmann behandelt werden kann, ist eine zwar mißliche, aber unabänderliche Tatsache.

Von der Ermächtigung des § 4 Abs. 3 haben glücklicherweise bisher die Bundesstaaten wenig Gebrauch gemacht. Unseres Wissens hat dies einzig Schwarzburg-Rudolstadt getan. Die diesbezügliche Verordnung vom 11. 12. 1899 schreibt im § 1 vor: „Als Kleingewerbe sind diejenigen Betriebe anzusehen, bei denen weder der jährliche Ertrag 1000 M., noch das Anlage- und Betriebskapital 2000 M. erreicht."

Diese Zahlen sind äußerst niedrig gegriffen und würden sich in einer großen Handelsseestadt nicht halten lassen. Auch dies zeigt wieder, welch verschiedene Beurteilung je nach den Örtlichkeiten der Begriff „Kleingewerbe" erfährt.

Zum Schluß sei der Hoffnung Ausdruck gegeben, daß auch in der Zukunft von § 4 Abs. 3 kein Gebrauch gemacht wird, denn erfolgen die Grenzbestimmungen nicht alle nach denselben Grundsätzen, was ja § 4 Abs. 3 nicht unbedingt vorschreibt, so würde eine starke Durchbrechung der Rechtseinheit die unumgängliche Folge sein.

---

18) Vgl. Weiß S. 28; Goldmann S. 33.

19) Bei Zweigniederlassungen wird die Hauptniederlassung entscheiden. (So auch Plange S. 21; Weiß S. 28; Staub Bd. 1 S. 73 A. 22 zu § 4 läßt diese Frage unbeantwortet.)

C. Die Rechtsstellung des Minderkaufmanns.

§ 10.

Die auf die Minderkaufleute anwendbaren Vorschriften.

Der Minderkaufmann ist Kaufmann und untersteht damit den handelsrechtlichen Normen, soweit ihn das Gesetz nicht selbst davon ausschließt [1]).

Abgesehen von diesen später zu besprechenden Ausnahmen erscheint der Minderkaufmann nicht in seiner gegensätzlichen Sonderstellung zum Vollkaufmann, sondern als Kaufmann. Überall wo das Handelsgesetzbuch vom Kaufmann spricht, meint es auch den Minderkaufmann [2]).

Seine Geschäfte sind also Handelsgeschäfte [3]), auch die sogen. Realisationsverkäufe [4]). Für die von ihm vorgenommenen Rechtsgeschäfte spricht die Vermutung, daß sie zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören (§ 344). Seine Handelsgeschäfte erfahren Beurteilung nach den im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen. Der Minderkaufmann steht ein für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns, allerdings eines Kaufmanns derjenigen Kategorie, welcher der Genannte angehört, also eines Minderkaufmanns [5]). Die Höhe der Zinsen bei seinen Forderungen und Schulden aus beiderseitigen Handelsgeschäften, gleichviel ob sein Gegenkontrahent Voll- oder selbst Minderkaufmann ist, beläuft sich auf 5 % vom Tage der Fälligkeit an (§ 353). Für Darlehn, Vorschüsse, Auslagen und andere Verwendungen kann er vom Tage der

1) Vgl. ROHG. Bd. 3 S. 413, Bd. 4 S. 241, Bd. 7 S. 238, Bd. 8 S. 237, Bd. 10 S. 242, Bd. 11 S. 242, Bd 12 S. 12, 97 u. 198, Bd. 14 S. 260, Bd. 17 S. 99, Bd. 24 S. 68; Busch Bd. 1 S. 97 u. 572, Bd. 5 S. 240 u. 312; Z. Bd. 11 S. 104.

2) Vgl. auch ROHG. Bd. 7 S. 237.

3) Vgl. OG. Wien bei Adler Clemens Nr. 122 und Nr. 145.

4) Für Handwerker anders AHGB. Art. 273 III.

5) Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 156 A. 15 zu § 4; Goldmann Bd. 1 S. 34, Bd. 3 S. 131; ROHG. Bd. 13 S. 439

Leistung Vergütungszinsen verlangen (§ 354 Abs. 2). Wenn er in Ausübung seines Handelsgewerbes einem anderen Geschäfte besorgt oder Dienste leistet, so kann er dafür auch ohne Verabredung Provision[6]) verlangen und bei Aufbewahrung Lagergeld nach den ortsüblichen Sätzen fordern (§ 354 Abs. 1). Die Erfüllungszeit für die Handelsgeschäfte ist dieselbe wie bei Vollkaufleuten (§§ 358, 359). Auch die Verpflichtung des § 362 besteht für den Minderkaufmann unter gleichen Voraussetzungen. Von ihm ausgegebene Verpflichtungsscheine sowie auf ihn gestellte Anweisungen sind nach § 363 indossabel. Veräußert oder verpfändet er im Betriebe seines Handelsgewerbes ihm nicht gehörige bewegliche Sachen, so greift der erweiterte Schutz des guten Glaubens gemäß § 366 Platz. Der gutgläubige Dritte ist demnach auch dann geschützt, wenn er den Minderkaufmann zwar nicht für den Eigentümer, wohl aber für verfügungsberechtigt hielt (§ 366). Ist die Verpfändung auf Seiten des Minderkaufmanns sowie des Pfandgläubigers ein Handelsgeschäft, so darf der Pfandverkauf schon nach Ablauf der kürzeren Frist von einer Woche stattfinden. (Vgl. § 368 HGB., 1234 BGB.) Das kaufmännische Retentionsrecht kommt für und gegen ihn unter den in den §§ 369 ff. angegebenen Voraussetzungen zur Anwendung.

Hat der Minderkaufmann von Kaufleuten Waren bezogen, so ist er bei Vermeidung der Rechtsnachteile der §§ 377, 378 verpflichtet, sie unverzüglich zu untersuchen und eventuelle Mängel unverzüglich zu rügen[7]). Bei beiderseitigen Handelsgeschäften muß er die Ware aufbewahren, kann sie auch im Wege des Selbsthilfeverkaufs veräußern.

Ihm steht der Kontokurrentverkehr offen, wenn dieser auch wegen seines offensichtlichen Zuschnittes auf Groß-

6) ROHG. Bd. 10 S. 243.

7) Vgl. Sächs.Arch. Bd. 14 S. 246.

handel in der vom Gesetz bestimmten Weise unter Minderkaufleuten wenig gebräuchlich ist. Vielmehr hat sich unter ihnen beim Kontokurrent ein besonderes Handelsgewohnheitsrecht herausgebildet [8]). Überhaupt werden sich für den Minderkaufmann allein Handelsgebräuche und Usancen entwickeln, die wiederum sich auf einen größeren oder kleineren geographischen Umkreis, auf den Handel im allgemeinen oder nur auf einzelne Branchen ausdehnen können.

Der oben dargelegten rechtlichen Gleichheit des Minder- und Vollkaufmanns steht eine tatsächliche Ungleichheit gegenüber. Sie ist die Folge der starken wirtschaftlichen und sozialen Gegensätze zwischen ihnen trotz ihrer Subsumierung unter den allgemeinen Begriff Kaufmann. Daher werden z. B. an den „ordnungsmäßigen Geschäftsgang" eines Minderkaufmanns nicht die nämlichen Ansprüche zu stellen sein, wie beim Vollkaufmann. Verzug und Fahrlässigkeit werden beim Minderkaufmann ebenfalls einer besonderen Beurteilung unterliegen. Der Kleinhandel entbehrt eben mehr oder weniger einer großzügigen Organisation, er vereinigt nicht ein so zahlreiches und geschultes Personal wie ein Vollhandelsgewerbe und ist daher einer raschen und sicheren Abwicklung der Geschäfte nur in geringerem Maße gewachsen. Auch wird es nur billig sein, dem Minderkaufmann z. B. eine nicht ganz präzise Formulierung der Mängelrüge wegen seiner niederen Bildungsstufe nachzusehen.

Als stets festzuhaltender Leitsatz möge über die vorstehende Erörterung gestellt werden: Der Minderkaufmann muß durchgängig mit einem anderen, milderen Maßstabe gemessen werden als der Vollkaufmann [9]), besonders beim passiven Verhalten [10]).

8) Vgl. ROHG. Bd. 2 S. 443, Bd. 13 S. 440.
9) Vgl. ROHG. Bd. 2 S. 443.
10) Vgl. ROHG. Bd. 13 S. 439.

§ 11.

Die auf die Minderkaufleute nicht anwendbaren Vorschriften.

a) *Firma.*

Nach § 4 finden die Vorschriften über die Firma auf den Minderkaufmann keine Anwendung, d. h. der Minderkaufmann ist weder berechtigt noch verpflichtet, eine Firma zu führen [1]). Der Name, unter dem er seine Geschäfte betreibt, ist keine Firma im technischen Sinne, daher nicht eintragungsfähig, sondern ist bloßer Geschäftsname [2]). Der Minderkaufmann darf also seinen Geschäftsnamen weder eintragen lassen, noch ihm auch äußerlich das Ansehen einer kaufmännischen Firma z. B. durch handelsgesellschaftliche Zusätze geben.

Da das Firmenrecht für den Minderkaufmann nicht gilt, so braucht er auch bei Führung seines Geschäftsnamens auf bestehende Firmen nicht Rücksicht zu nehmen. Eine Ausnahme besteht nur im Rahmen des § 16 des Reichsgesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs.

Für den Gebrauch des Geschäftsnamens lassen sich drei Möglichkeiten denken:

I. der regelmäßige und vom Gesetz grundsätzlich gewollte Fall ist der, daß der Inhaber des Geschäftes es unter seinem bürgerlichen Namen betreibt. Dagegen wird niemand, selbst nicht der Besitzer eines gleichlautenden Geschäfts-

---

1) Dies ist die Bedeutung des § 4 (Art. 10), nicht, wie Thöl (Bd. 1 S. 135 § 39) und Goldschmidt (S. 524) ausführen, daß der Minderkaufmann uneingeschränkte Firmenfreiheit genießen, also keine Pflichten, sondern nur in dieser Hinsicht größere Rechte als der Vollkaufmann haben solle. Vgl. Anschütz-Völderndorff Bd. 1 S. 62.

2) Staub gebraucht Firma nicht im technischen Sinne (S. 73 A. 23 zu § 4); so sagt er z. B. irreführend: „die Minderkaufleute können nicht Schutz ihrer Firma, sondern nur ihres bürgerlichen Namens verlangen".

namens etwas einwenden können. Denn § 30 schlägt nicht ein, da er ausschließlich die Firma behandelt. Führt jemand dagegen ohne rechtlichen Grund denselben Namen wie ein berechtigter Dritter, so stehen verschiedene Klagen zu Gebote.

Da der Geschäftsname des Minderkaufmanns nichts anderes als ein gewöhnlicher Name ist, untersteht er den Vorschriften des bürgerlichen Rechts (§ 12 BGB.). Dieser Paragraph gibt ein erfolgreiches Klagrecht dann, wenn ein anderer unbefugt den Namen des Berechtigten gebraucht und dadurch das Interesse des Berechtigten verletzt wird.

Weiter kann der Minderkaufmann aus § 37 Abs. 2 vorgehen. Denn nach der herrschenden Meinung [3]) erstreckt sich der Schutz des § 37 nicht nur auf das Firmenrecht, sondern allgemein auf alle Rechte gegen unbefugte Namensführung. Dagegen kann § 37 nicht eingreifen, wenn jemand das Bestehen des Rechtes auf den Geschäftsnamen bestreitet oder sich dieses Recht anmaßt. Hier hilft nur eine negative Feststellungsklage nach § 256 ZPO. [4]).

Wird vorsätzlich oder fahrlässig das Recht auf Namensführung verletzt, so kann der Verletzte, wenn ihm daraus ein Schaden erwachsen ist, Ersatz nach § 823 BGB. beanspruchen [5]).

Endlich steht dem Minderkaufmann § 16 UWG. [6]) zur Seite. Er bedeutet eine Einschränkung des eingangs aufgestellten Satzes, daß der Minderkaufmann sein Geschäft unter seinem wirklichen bürgerlichen Namen ohne Rück-

---

3) RG. Bd. 29 S. 125, Bd. 37 S. 59, Bd. 56 S. 190; ROHG. Bd. 2 S. 249, Bd. 6 S. 249; vgl. auch RG. Bd. 42 S. 151; Hamb.Rspr. Bd. 16 S. 83; Staub S. 198 A. 12 zu § 37; Lehmann-Ring S. 41 Nr. 7 zu § 4; Goldmann S. 31.

4) Vgl. Bolze Bd. 11 S. 54.

5) Vgl. RG. Bd. 54 S. 416, Bd. 58 S. 29; JW. 1899 S. 750; Bolze Bd. 8 S. 69.

6) Das Gesetz ist neu vom 7. 6. 1909; § 16 entspricht dem früheren § 8, der aber abweichend lautete.

sicht auf gleiche Geschäftsnamen betreiben kann. § 16 kommt dem Minderkaufmann nun insofern zugute, als er selbst gegen befugten Gebrauch des bürgerlichen Namens seitens eines anderen im geschäftlichen Verkehr sich dann wenden kann, wenn dies in einer Weise geschieht, „welche geeignet ist, Verwechselungen mit dem Namen, der Firma oder Bezeichnung hervorzurufen". Derjenige, der den Namen führt, kann auf Unterlassung der Benutzung des Namens in Anspruch genommen werden. Auch ist er dem Verletzten zum Schadensersatze verpflichtet, wenn er wußte oder wissen mußte, daß die mißbräuchliche Art Verwechslungen herbeiführen konnte [7]).

Ein ähnliches Recht bietet § 14 des Reichsgesetzes zum Schutze der Warenbezeichnung vom 12. 5. 1894 [8]). Denn auch der Minderkaufmann kann ein Warenzeichen führen und sich eintragen lassen [9]).

Zu all diesen Rechten kann der Minderkaufmann zum Schutze seines Geschäftnamens Zuflucht nehmen. Umgekehrt können sie mit Ausnahme des Unterlassungsanspruches des § 37 Abs. 2 natürlich auch gegen ihn geltend gemacht werden.

II. Der zweite Fall ist der, daß der Minderkaufmann sich eines unwahren Namens bedient. Eine Schneiderin z. B., die sich verheiratet, behält für ihr Gewerbe ihren Mädchennamen bei, um sich ihren Kundenkreis zu wahren. Das Beispiel zeigt, daß in unwahrer Namensführung nicht bedingungslos die Annahme einer Firma zu sehen ist [10]), gegen die das Registergericht ohne weiteres auf Grund von

---

7) Vgl. Finger, Komm. zu UWG. S. 248 A. 1 zu § 16.

8) Vgl. dazu §§ 19, 20 WZG.

9) Das AHGB. beschränkte ja den Gebrauch von Warenzeichen auf Vollkaufleute; vgl. Seligsohn, Komm zu WZG. § 1 Nr. 1.

10) A. M.: Goldmann S. 31 und anscheinend Anschütz-Völderndorff Bd. 1 S. 62; Ritter, HGB. S. 15 A. 5 zu § 4 und die dort aufgeführten Entscheidungen; Staub S. 73 A. 23 zu § 4.

§ 37 Abs. 1 einzuschreiten hätte [11]). Solche Handlungsweise findet Beurteilung und Schutz nach allgemeinen bürgerlichen Rechtsregeln unter gleichen Voraussetzungen wie unter I. Die von einem Minderkaufmann unter einem derartigen Geschäftsnamen eingegangenen Rechtsgeschäfte sind gültig, sofern über die Identität der Person kein Zweifel herrscht [12]). Eine Ausnahme erfährt dieser Grundsatz allerdings auf wechselrechtlichem Gebiete wegen der dort maßgebenden formalen Strenge [13]). Ebenso kann ins Grundbuch nur der wirkliche Name eingetragen werden.

III. Die dritte Möglichkeit ist, daß der Minderkaufmann einen sogenannten Etablissementsnamen führt. Dies kommt besonders bei Gastwirtschaften und Apotheken [14]), aber auch bei kleineren Geschäften „Zur billigen 96" vor. Rechtlich sind Bedenken dagegen nicht vorhanden. Die Etablissementsnamen sind „weder Firma [15]) noch Bestandteile des bürgerlichen Namens. Sie sind nähere, wenn auch sehr häufig phantastische Bezeichnungen des Geschäfts" [16]). Wegen ihres Charakters als volkstümliche Bezeichnung des Geschäfts, nicht des Inhabers, kann an ihnen ein absolutes Recht nicht erworben werden [17]). Der Etablissementsname genießt nicht den Schutz der §§ 12 [18]), 823 BGB., § 37

11) Vgl. Düringer-Hachenburg S. 154 A. 12 zu § 4; Lehmann-Ring S. 41 Nr. 7 zu § 4; Gierke, DPR. Bd. 1 S. 721.

12) Vgl. ROHG. Bd. 17 S. 240, Bd. 22 S. 71; Staub S. 73 A. 23 zu § 4; Düringer-Hachenburg S. 154 A. 12 zu § 4; Lehmann-Ring S. 41 Nr. 7 zu § 4; Goldmann S. 31; Ritter, HGB. S. 15 A. 5 zu § 4; Anschütz-Völderndorff Bd. 1 S. 63.

13) Vgl. ROHG. Bd. 12 S. 173, Bd. 14 S. 173 u. 202, Bd. 21 S. 29; Staub WO. S. 21 § 11 zu Art. 4; daneben S. 27 § 34, S. 30 § 42, S. 79 § 6 zu Art. 22.

14) Z. B. zum silbernen Bär, zum weißen Hirsch, zur Sonne, Löwenapotheke, Markbazar usw.

15) Vergl. Goldmann S. 73.

16) Bovensiepen S. 36.

17) Vgl. RG. Bd. 1 S. 26.

18) Da er nicht Name im Sinne dieser Bestimmung ist.

Abs. 2 [19]). Völlig rechtlos steht er trotzdem nicht. Denn auch für ihn greift § 16 UWG. unter den angeführten Voraussetzungen ein, da er zumeist sich als „besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts" darstellt [20]).

Für einen Kreis von Minderkaufleuten regelt vom Gesichtspunkte des Gewerbes aus § 15 a der Reichsgewerbeordnung die Namensführung insofern, als allen denen, die einen offenen Laden haben oder eine Gast- oder Schankwirtschaft betreiben, darin vorgeschrieben ist, ihren Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen [21]) an der Außenseite oder am Eingang des Ladens oder der Wirtschaft in deutlich lesbarer Schrift anzubringen [22]). Zuwiderhandlungen [23]) werden bestraft (§ 148 Ziff. 5 Gew.O.).

Da der Minderkaufmann keine Firma hat, so entfällt für ihn auch die an die Firma geknüpfte zivilprozessuale Wirkung, nämlich daß ihr Inhaber unter ihr klagen und verklagt werden kann.

IV. Die Rechtslage für den Fall, daß der Minderkaufmann einen zu Unrecht im Handelsregister eingetragenen Namen führt, findet später Behandlung.

Im täglichen Leben kommt es nun häufig vor, daß ein Minderkaufmann sein Geschäft veräußert und dem Er-

---

19) Eben weil der Inhaber kein persönliches Recht daran hat.

20) Vgl. in diesem Zusammenhang auch § 15 WZG.

21) Es braucht also nicht der Rufname zu sein, auch verbietet § 15a nicht, einmal diesen, einmal jenen Vornamen anzuwenden.

22) Sind mehr als zwei Beteiligte vorhanden, deren Namen in der Aufschrift anzugeben wären, so genügt es, wenn die Namen von zweien mit einem das Vorhandensein weiterer Beteiligter andeutenden Zusatz aufgenommen werden. Die Polizeibehörde kann im einzelnen Falle die Angabe der Namen aller Beteiligten anordnen (Art. 9 EG.HGB.).

23) Über ihre Folgen in zivilrechtl. Beziehung vergl. Goldmann S. 76.

werber dabei gestattet, seinen Namen als Handelsnamen fortzuführen [24]). Bedenken tauchen erst bei der Frage auf, ob dadurch eine Haftung des Erwerbers für die vorher bestehenden Verbindlichkeiten nach §§ 25 ff. begründet wird. Diese Frage ist mit der herrschenden Meinung zu verneinen [25]). Denn die Nichtanwendbarkeit des Firmenrechts auf Minderkaufleute bedeutet ihren völligen Ausschluß vom 3. Abschnitt des ersten Buches. Dem Einwand, daß die §§ 25—27 materiell-rechtliche Vorschriften seien, widerspricht einmal ihre Stellung unter dem Titel Firma und dann der wiederholte Gebrauch des Ausdrucks „Firma". Den entgegengesetzten Standpunkt nimmt Goldmann [26]) ein, zu dessen Begründung er § 22 heranzieht. Wenn der Erwerber eines vollkaufmännischen Geschäfts, der die Firma ohne Einwilligung des Veräußerers, demnach unberechtigt fortführt, für die alten Verbindlichkeiten nach § 25 Abs. 1 haftet, so müsse das auch für den Minderkaufmann

---

24) Vgl. RG. Bd. 29 S. 71, Bd. 42 S. 150; dagegen Ritter, HGB. S. 15 A. 5 zu § 4 und JW. 1903 S. 293.

25) RG. Bd. 15 S. 33, Bd. 19 S. 197, Bd. 55 S. 85; Seuff.A. Bd. 55 S. 72 Nr. 39; Lobe Bd. 5 S. 263; Sächs.Arch. Bd. 1 S. 131 und Bd. 7 S. 434; Recht 1904 S. 256; ZHR. Bd. 34 S. 566; vergl. auch die in Neumanns Jahrb. 2. Jahrgang Bd. 2 zu § 4 unter Nr. 7 und zu § 25 Abs. 1 unter Nr. 4 zitierten Entscheidung. Dahingestellt läßt die Frage RG. Bd. 17 S. 99; OLGE. Hamb. vom 28. 5. 1903 und Mugdan-Falkmann Bd. 7 S. 148; Lehmann-Ring S. 40 Nr. 7 zu § 4; Lehmann, Lehrb. S. 81 A. 8; Düringer-Hachenburg S. 154 f. A. 12 zu § 4, S. 248 A. 18 zu § 25; Makower S. 57; Bolze in ZHR. Bd. 51 S. 432; Bovensiepen S. 37 und jetzt auch Staub S. 154 A. 6 zu § 25. Seine frühere in 6./7. Auflage S. 140 A. 6 zu § 25 niedergelegte Ansicht, daß § 25 keine eingetragene Firma fordere, sondern lediglich im Außenverhältnis maßgebend sei, ob sich jemand im Handelsverkehr als Kaufmann geriere, verbietet sich von selbst, wegen des Gebots der Rechtssicherheit.

26) S. 102, vergl. RG. Bd. 2 S. 55 f., Bd. 19 S. 197; Recht 1903 S. 459; Sächs.Arch. Bd. 14 S. 581; Neumanns Jahrb. 2. Jahrg. Bd. 2 § 4 Ziff. 6.

gelten. Die Folgerung aus § 22 ist abwegig. Denn dieser Paragraph spricht nur von der Beibehaltung einer ganz bestimmten Firma, während § 4 jede Führung einer Firma schlechthin verbietet.

Anders liegt es, wenn der Minderkaufmann als Scheinvollkaufmann sein Geschäft veräußert, wenn also seine „Firma" eingetragen ist. Denn dann gilt er nach § 5 den Geschäftsgläubigern und Schuldnern gegenüber als Vollkaufmann, und gelten daher auch für ihn die Bestimmungen des § 25 Abs. 1.

Nicht dagegen kann der Erwerber nach § 25 Abs. 1 haften, wenn der Veräußerer eines minderkaufmännischen Geschäftes geflissentlich (ohne eingetragen zu sein) den Anschein, als ob eine wirkliche Firma vorläge, erweckt und der Erwerber diesen Anschein forterhält [27]). Zu dieser Ansicht bekennt sich mit Recht jetzt auch Staub [28]), indem er sagt, daß ein kaufmännisches Auftreten zur Anwendung des § 25 Abs. 1 nicht ausreiche. Den entgegengesetzten Standpunkt vertraten Lehmann-Ring [29]) ohne Begründung, lediglich mit Verweisung auf die gleiche Meinung Staubs in seiner früheren Auflage [30]). Der Grundsatz, daß jeder, der sich durch bewußt falsche Angaben Verpflichtungen auferlege, für diese auch einzustehen habe [31]), kann, so sehr er auch für den ersten Blick besticht, gegen uns nicht verwertet werden.

Man überlege nur, zu welcher Rechtsunsicherheit das führen würde! Wenn ein Minderkaufmann, der sich als Vollkaufmann geriert, in bezug auf den schwerwiegenden § 25 Abs. 1 als Vollkaufmann gilt, dann stünde doch wahrlich nichts entgegen, auch die ihn wegen seiner mangelnden

---

27) Vgl. RG. Bd. 55 S. 86.
28) S. 155 A. 7 zu § 25 und S. 81 A. 6 vom Exkurs zu § 5.
29) S. 93 Nr. 8 zu § 25.
30) 6./7. Aufl. S. 140 A. 6 und 29 zu § 25.
31) Vgl. RG. Bd. 40 S. 146.

Geschäftsgewandtheit schützenden Vorschriften über abstraktes Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis, Bürgschaftsversprechen usw. in solchem Falle nicht zu beobachten. Damit wäre aber jedem Minderkaufmann, der dieser seiner Eigenschaft müde ist, die Möglichkeit gegeben, einfach dadurch, daß er den Anschein einer Firma hervorruft, sich Geltung als Vollkaufmann zu verschaffen und die zwingenden Bestimmungen des § 4 illusorisch zu machen.

Endlich spricht für unsere Ansicht § 5, der dem Minderkaufmann als Scheinvollkaufmann dann, wenn er eingetragen ist, demjenigen gegenüber, der sich darauf beruft, die Einrede versagt, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe zu den minderkaufmännischen gehöre. Daraus ergibt sich per argumentum e contrario, daß der als Vollkaufmann auftretende Minderkaufmann, solange er nicht im Handelsregister eingetragen ist, solange auch nicht als Vollkaufmann gelten kann.

Tritt also, wie nachzuweisen versucht worden ist, ipso jure bei Fortführung des Geschäftsnamens des Veräußerers eine Haftung des Erwerbers für die alten Schulden nicht ein, so kann eine solche doch vereinbart werden. — Die Vermögensübernahme des § 419 BGB. kann den Rechtserfolg des § 25 Abs. 1 nicht herbeiführen, sie würde darüber hinausgehen [32]). Denn selten wird das Geschäft des Minderkaufmanns sein ganzes Vermögen darstellen: fast immer wird er daneben noch einige Sachen, wie Mobiliar, Kleidungsstücke, Küchengeräte sein eigen nennen [33]).

---

32) Denn § 419 BGB. und § 25 HGB. decken sich nicht. Vgl. JW. 1908 S. 548.

33) Vgl. Plange S. 42; Bovensiepen S. 37. Bildet aber das Handelsgewerbe einmal tatsächlich das ganze Vermögen im Sinne von § 419, so liegt ein besonderer Verpflichtungsgrund vor, aus welchem der Erwerber selbst bei Nichtfortführung des Geschäftsnamens für die Schulden des Veräußerers haftet; vgl. ZAG. Bd. 16 S. 31.

Eine andere Frage ist nun, wie es sich beim Verkauf eines minderkaufmännischen Geschäfts mit der Haftung für die neuen Schulden verhält. Hier gilt folgendes: Es haftet für die mit seiner Erlaubnis unter seinem Namen von seinem Rechtsnachfolger abgeschlossenen Rechtsgeschäfte und eingegangenen Verbindlichkeiten der Veräußerer solange, bis er den Dritten sein Ausscheiden aus dem Geschäfte und die Veränderung angezeigt hat [34]).

Es bleibt noch mit einigen Worten das Innenverhältnis vom Veräußerer und Erwerber klarzustellen. Aus den früheren Ausführungen ergibt sich, daß ein Recht, wie an einer Firma, an dem bürgerlichen Namen des Minderkaufmanns als persönlichem Rechtsgut nicht erworben werden kann [35]). Wird gleichwohl eine Vereinbarung auf Fortführung des Geschäftsnamens getroffen, so wird sie den Veräußerer verpflichten, sich seines alten Geschäftsnamens fernerhin zu enthalten [36]). Denn täte er dies nicht, so würde er vertragswidrig handeln und dem Rechtsnachfolger aus § 826 die Klage gegeben sein. Veräußerer und Erwerber können von dem Namensüberlassungsvertrage jederzeit zurücktreten [37]). Dasselbe gilt auch von dem Etablissementsnamen, auch er kann nicht übertragen werden [38]).

---

34) Vgl. RG. Bd. 12 S. 12, Bd. 15 S. 36, Bd. 19 S. 197; OLG. Sächs.Arch. Bd. 7 S. 434; Breslau Rspr. Bd. 6 S. 26; Karlsr. Recht 1904 S. 256; Staub Bd. 1 S. 74 A. 23 zu § 4; Lehmann-Ring Bd. 1 S. 42 Nr. 7 zu § 4; Goldmann S. 31; Bolze Bd. 2 Nr. 676; Adler-Clemens Nr. 1843.

35) Vgl. Seuff.A. Bd. 68 S. 3 f.; KGJ. Bd. 35 S. 145; RJA. Bd. 9 S. 153.

36) Lehmann-Ring S. 42 Nr. 7 zu § 4; Bolze Bd. 2 Nr. 989, Bd. 3 Nr. 232; Staub Bd. 1 S. 114 A. 6 zu § 17; vgl. auch RG. Bd. 29 S. 71, Bd. 42 S. 150.

37) JW. 1903 S. 293.

38) Im Zw. wird er sogar als mit veräußert gelten. Vgl. Staub Bd. 1 S. 175 A. 25 zu § 22.

b) *Die Prokura.*

Gemäß § 4 Abs. 1 sind auch die Vorschriften über die Prokura (§§ 48 bis 53) auf den Minderkaufmann nicht anwendbar. Er darf also keinen Prokuristen bestellen. Geschieht es gleichwohl, so wird zur Beurteilung dieser Handlungsweise der wirkliche Wille des Erklärenden zu erforschen (§ 133 BGB.) und die Umstände des Einzelfalles zu prüfen sein.

Wollte der Minderkaufmann nur eine möglichst weitgehende Vollmacht erteilen, so ist die Prokura durch Konversion nach § 140 BGB. als Generalhandlungsvollmacht aufrecht zu erhalten [1]). Die Form der Bestellung kann für die gewollte Ausdehnung der tatsächlichen Vollmacht als zuverlässiger Maßstab nicht dienen, immerhin wird Veröffentlichung durch Zirkulare, Inserate usw. auf eine weitgehendere Vertretungsbefugnis hindeuten, als die stillschweigende Ermächtigung, ppa. zu zeichnen [2]).

Hat dagegen der Minderkaufmann mit dem Ausdruck Prokura nicht, wie häufig die Kleingewerbetreibenden, einen Handlungsbevollmächtigten überhaupt, sondern ausschließlich einen wirklichen Prokuristen im Sinne von §§ 48 ff. ernennen wollen [3]), so hat er damit etwas unstatthaftes, nämlich die ihm von Gesetzeswegen verschlossene eigentliche Prokura gewollt. Die Bestellung ist daher als gegen das Gesetz verstoßend, nichtig (§§ 134,

1) Vgl. Staub S. 74 A. 24 zu § 4; Lehmann-Ring Bd. 1 S. 42 Nr. 9 zu § 4; Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 155 A. 13 zu § 4; Goldmann S. 32; Makower S. 18; Gareis S. 22 A. 4 zu § 4; Völderndorff in Endemanns Handb. Bd. 1 S. 284; Puchelt-Förtsch A. 3 zu Art. 10; Hahn S. 44 § 1 zu Art. 10; Auerbach S. 41; Behrend S. 193 A. 14; Goldschmidt S. 524; Gareis-Fuchsberger S. 36; A. M.: Thöl S. 186.

2) Vgl. ROHG. Bd. 5 S. 263; vgl. aber auch Anschütz-Völderndorff S. 64.

3) Nur hier trifft zu, was Thöl a. a. O. sagt: „Ein gewollter, aber ungültiger Prokurist ist nicht als Handlungsbevollmächtigter zu behandeln, er ist ohne alle Vollmacht."

140 BGB.) [4]). Alle Rechtsgeschäfte des Pseudo-Prokuristen sind dann als von einem Nichtberechtigten vorgenommen anzusehen. Gleiche Beurteilung erfahren diejenigen Rechtshandlungen des unrichtigerweise als Prokurist bezeichneten Handlungsbevollmächtigten, die über den Rahmen seiner Befugnisse hinausgehen, z. B. Eingehen von Wechselverbindlichkeiten, Aufnahme von Darlehen usw.

Der in den Protokollen zum alten HGB. [5]) vertretenen Ansicht, daß der Minderkaufmann, der einen Prokuristen bestellt und dadurch den Gegner irre geführt habe, diese Bestellung nicht anfechten dürfe und die Wirkung der Prokura vertreten müsse, ist nicht beizutreten. Eine Anfechtung der Prokura ist natürlich nicht möglich, denn eine Anfechtung einer ex lege unwirksamen Willenserklärung ist sowieso rechtlich ein Unding; aber bezüglich der Vertretung der Wirkung der Prokura ist mit Goldschmidt zu sagen: „Wird ein Dritter, der mit einem solchen vermeintlichen Prokuristen kontrahiert, getäuscht, sei es infolge der gesetzlichen oder infolge der vertragsmäßigen, bei dem wirklichen Prokuristen unstatthaften Beschränkung seiner Vollmacht, so kann er sich an den Prinzipal nur insofern halten, als dieser ihn erweislich über den Umfang der Vollmacht hat irreführen wollen."

c) *Die Handelsbücher.*

Der Minderkaufmann untersteht ferner nicht den Vorschriften über die Handelsbücher (§§ 38 bis 47). Damit ist er der Verpflichtung überhoben, Handelsbücher zu führen, Inventar und Bilanz aufzustellen [1]), sowie die einlaufenden und abgehenden Geschäftsbriefe zehn Jahre lang aufzubewahren. Selbstverständlich bleibt es ihm unbenommen, dennoch Bücher zu führen. In diesem Falle

4) Vgl. Staub a. a. O.; Goldmann a. a. O.; Lehmann-Ring a. a. O.
5) S. 1275.
1) Vgl. Ob.Tr. Opp. Rspr. Bd. 19 S. 261.

braucht er nicht die Bestimmungen des HGB. zu beobachten: er kann eine tote Sprache wählen, leere unbeschriebene Blätter lassen, durchstreichen und radieren.

Von welcher Tragweite die Entlastung von der Buchführungspflicht für den Minderkaufmann ist, zeigt sich erst im Konkurse. Er ist der strafrechtlichen Verfolgung nach § 239 Ziff. 3 KO. entzogen. Dagegen hat auch der Minderkaufmann eine Freiheitsstrafe zu gewärtigen, wenn er die freiwillig von ihm geführten Handelsbücher in Gläubigerbenachteiligungsabsicht vernichtet oder verheimlicht oder so geführt oder verändert hat, daß dieselben keine Übersicht des Vermögenszustandes gewähren. Denn unterschiedlich zu § 239 Ziff. 3 KO. fehlt hier die Einschränkung, „deren Führung ihnen gesetzlich oblag“ [2]). Für Straflosigkeit treten Jaeger [3]) und von Stenglein [4]) ein, die die in Ziff. 4 fehlende Klausel einfach ergänzen wollen. Ein solches Verfahren trägt aber nicht mehr den Charakter einer Interpretation, sondern einer Gesetzesänderung; für diese läßt indessen der unzweideutige Wortlaut des Gesetzes ganz und gar keinen Platz [5]).

Hier macht sich der einschneidende Unterschied zwischen Voll- und Minderkaufleuten am meisten bemerkbar. Wichtig ist, daß in solchen Fällen die Beantwortung der Frage nach einem voll- oder minderkaufmännischen Geschäft beim Strafrichter steht. Er hat bei der Beurteilung im einzelnen Falle selbständig zu entscheiden, weder Eintragung beziehentlich Nichteintragung im Handelsregister, ja nicht einmal die Versagung der Eintragung sind für ihn

---

2) So auch Merkel i. Holtzendorffs Handb. d. Strafr. Bd. 3 S. 818; Hälschner, Lehrb. S. 411; Liszt S. 465 (12./13. Aufl.) und mit ihnen die herrschende Ansicht.

3) Komment. z. KO. 2. Aufl. 1904 S. 955 A. 39 zu § 239.

4) Strafrechtl. Nebengesetze des Deutschen Reichs 2. Aufl. S. 704.

5) Vgl. Bovensiepen S. 39.

nach der einen oder anderen Richtung hin ausschlaggebend [6]). Er kann also ein Gewerbe trotz Eintragung als minder- oder nichtkaufmännisches klassifizieren, wie er umgekehrt auch ein Gewerbe ohne Eintragung als vollkaufmännisches befinden kann. Nur im Falle der §§ 2 und 3 Abs. 2 ist die Eintragung auch für den Strafrichter von maßgebender Bedeutung. Hier darf er den Inhaber eines derartigen Gewerbes ohne Registrierung nicht als Vollkaufmann ansehen. Denn in diesen Fällen bildet die Eintragung eine notwendige Voraussetzung der Kaufmannseigenschaft überhaupt und ist wegen der konstitutiven Wirkung für den Strafrichter insofern bindend, als er bei keinem Gewerbetreibenden dieser Art, sofern dessen Eintragung im Handelsregister nicht stattgefunden hat, die Kaufmannseigenschaft bejahen darf. Dagegen kann er umgekehrt bei allen, auch den eingetragenen Gewerbetreibenden, die Kaufmannseigenschaft verneinen [7]) [8]). Strafbar ist auch derjenige, der, obwohl tatsächlich Vollkaufmann, glaubt Minderkaufmann zu sein und aus diesem Grunde Bücher zu führen unterläßt. Denn hier liegt ein Rechtsirrtum vor, der nicht Straflosigkeit begründet [9]). Straffrei dagegen ist, wer sich über Tatsachen, die ihn zum Vollkaufmann machen, im Irrtum befindet [10]).

Die Befreiung von der Verpflichtung zur Führung von Handelsbüchern äußert ihre Wirkung auch im Zivilprozeß. § 45, der das Gericht ermächtigt, auf Antrag oder von amtswegen die Vorlegung der Handelsbücher einer Partei an-

6) Vgl. Goltd.Arch. Bd. 12 S. 789; auch Olshausen, Komm. z. StGB. Bd. 2 S. 1144 A. 15 ff. zu § 239 KO.

7) Vgl. Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 161 A. 12 zu § 5 und Olshausen, Komm. z. StGB. Bd. 2 S. 1148 A. 21 zu § 239 KO.

8) Vgl. in diesem Zusammenhange auch RGStE. v. 13. 11. 1905 bei Goltdammer 53.

9) Vgl. RGSt. Bd. 8 S. 147; Stenglein S. 630 A. 7 zu § 209 KO.

10) Vgl. RGSt. Bd. 1 S. 49.

zuordnen, gilt nicht für den Minderkaufmann [11]). Selbst dann nicht, wenn er im Sinne des Gesetzes ordnungsmäßige Bücher geführt hat. Seine Editionspflicht gründet sich lediglich auf § 422 ZPO. in Verbindung mit § 810 BGB.

Was die Beweiskraft der freiwillig geführten Geschäftsbücher eines Minderkaufmanns anbetrifft, so richtet sie sich nach der freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 286 ZPO.). Abstrakt genommen haben sie also die gleiche Beweiskraft, wie die Bücher des Vollkaufmanns [12]). Tatsächlich wird aber der Richter diesen mehr Glauben schenken können, als denen des Minderkaufmanns.

Nicht sind Handelsbücher im Sinne des 4. Abschnittes des HGB. die Tagebücher der Handelsmäkler (§§ 93 ff.). Die Vorschriften darüber (§§ 100 ff.) gelten daher auch für Minderkaufleute. Dagegen finden sie keine Anwendung nach § 104 auf Personen, welche die Vermittlung von Warengeschäften im Kleinverkehr besorgen (sog. Krämermakler). Diese sind aber, wenn ihr Betrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, Vollkaufleute. Es lassen sich daher Fälle denken, daß ein Makler als Vollkaufmann zur Führung von Handelsbüchern verpflichtet, von der Führung eines Tagesbuches aber befreit ist und daß umgekehrt ein Makler als Minderkaufmann der Buchführungspflicht enthoben, zur Führung eines Tagesbuches dagegen gezwungen ist.

d) *Die §§ 348—350 HGB.*

Wie früher ausgeführt, findet auf die Minderkaufleute das Handelsobligationenrecht grundsätzlich Anwendung. Davon statuiert § 351 eine Ausnahme im Rahmen der §§ 348—350. Insoweit wird das BGB. eingreifen müssen, selbst dann, wenn Handelsgeschäfte vorliegen; d. h. selbst

---

11) Vgl. JW. 1903 S. 421.

12) Vgl. Staub S. 74 A. 25 zu § 4.

wenn z. B. ein Bürgschaftsversprechen eines Minderkaufmanns ein H a n d e l s geschäft ist, müssen doch wegen der §§ 348 ff. die Vorschriften des BGB. zur Anwendung kommen.

Der Richter kann somit eine von einem Minderkaufmann verwirkte unverhältnismäßig hohe Konventionalstrafe nach § 343 Abs. 1 BGB. herabsetzen. Eine nicht schriftlich abgegebene Bürgschaftserklärung verpflichtet den Minderkaufmann ebensowenig, wie ein nur mündlich erfolgtes abstraktes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis. Bei der Bürgschaft kann er wie jeder andere unter den Voraussetzungen des BGB. die Einrede der Vorausklage vorbringen.

Der maßgebende Zeitpunkt für den Ausschluß der Bestimmungen der §§ 348—350 ist der Augenblick des Vertragsabschlusses. Mithin ist ein von einem Minderkaufmann mündlich geleistetes Bürgschaftsversprechen selbst dann unwirksam, wenn er später z. B. zur Zeit der Klagzustellung Vollkaufmann geworden ist. Hat er aber nachher als solcher das wegen Formmangels nichtige Versprechen, wenn auch nur mündlich bestätigt, so ist dies als erneute Vornahme im Sinne von § 141 BGB. zu beurteilen und das Versprechen ex nunc wirksam.

e) *Sonderstellung der Minderkaufleute in anderen Gesetzen.*

Außer dem HGB. finden sich noch andere Gesetze, die den Minderkaufmann abweichend vom Vollkaufmann behandeln. So befreit ihn § 13 des Gesetzes betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere [1]) vom 5. 7. 1896 von den dem Vollkaufmann obliegenden weittragenden Pflichten. Umgekehrt gilt das Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte [2]) vom 16. 5. 1894 nur für Nicht- und Minderkaufleute. Nur sie sollen

1) Bei Friedberg S. 514.
2) Bei Friedberg S. 505.

wegen ihrer geringeren Geschäftsroutine den Schutz dieses Gesetzes genießen. Nach § 113 des GVG. kann der Minderkaufmann nicht das Amt eines Handelsrichters bekleiden [3]). Fähig dazu ist er unter den sonstigen Voraussetzungen allerdings, wenn er früher eingetragener Vollkaufmann war und z. B. wegen Rückganges des Geschäfts zum Minderkaufmann herabgesunken ist (§ 113 Abs. 1 GVG.). Er besitzt weiter nicht nach den Gesetzen über die Handels- und Gewerbekammern das aktive oder passive Wahlrecht zur Handelskammer [4]), hat auch keine Beiträge an dieselbe zu entrichten. Die in Abs. 1 des Art. 4 der Novelle zum Wuchergesetz vom 19. 6. 1893 [5]) statuierte Pflicht zur Rechnungslegung besteht nur für den Geschäftsverkehr zwischen Kaufleuten, deren Firma im Handelsregister nicht eingetragen ist. § 53 des Börsengesetzes erklärt die Kleingewerbetreibenden — nicht die Handwerker — für nicht börsentermingeschäftsfähig, selbst, wenn sie im Handelsregister eingetragen sind [6]). Endlich sei noch des § 8 Ziff. 3 des Reichsstempelsteuergesetzes gedacht, wonach zur Leistung der in Tarif Nr. 4 angeordneten Abgaben bei Kauf- und sonstigen Anschaffungsgeschäften, wenn von den Kontrahenten nur der eine ein im Inland wohnhafter, nach § 38 zur Führung von Handelsbüchern verpflichteter Kaufmann ist, zunächst der letztere angehalten ist. Der Minderkaufmann ist dieser Verpflichtung also enthoben.

Zum Schluß möge bemerkt werden, daß kein ein-

---

3) Wohl aber kann er Beisitzer in Kaufmannsgerichten sein.

4) Vgl. z. B. das Sächs. Gesetz, die Handels- und Gewerbekammern betreffend vom 4. 8. 1900 §§ 7, 12, 19 im Gesetz und Verordnungsblatt für das Königreich Sachsen vom Jahre 1900 S. 867 ff. und das Preußische Gesetz über die Handelskammern vom 19. 8. 1897 §§ 3 Abs. 2 Ziff. 1, 7.

5) Bei Friedberg S. 168 f.

6) Vgl. Hemptenmacher S. 185 A. 6 zu § 53 Börsges.

ziges von den Gesetzen sich einer technischen Bezeichnung für Minderkaufmann befleißigt. Fast durchgehend bedienen sie sich für ihn der Wendung „Kaufmann, dessen Firma in das Handelsregister nicht eingetragen ist". Diese Umschreibung hat insofern ihre Berechtigung, als das Gericht gegebenenfalls zeitraubende Untersuchungen nach Voll- oder Minderkaufmann nicht anzustellen braucht.

§ 12.

Der zu Unrecht im Handelsregister eingetragene Minderkaufmann.

Daß ein Minderkaufmann ins Handelsregister eingetragen wird, ist eine dem täglichen Leben nicht unbekannte Erscheinung [1]). Es kann dazu kommen durch unrichtige Auffassung des Registerrichters, durch ein Versehen des Registerbeamten, Täuschung des Richters von Seiten des Minderkaufmanns selbst oder eines Dritten oder dadurch, daß ein Vollhandelsgewerbe zum Minderhandelsgewerbe wird.

Es entsteht nun die Frage, welche Wirkungen einer solchen falschen Eintragung zukommen. Das alte HGB. nahm dazu keinerlei Stellung und schuf damit einen Zustand höchster Rechtsunsicherheit. Die verschiedenen Mißlichkeiten, die sich unter der Herrschaft des alten HGB. bemerkbar machten [2]) durch gesetzliche Regelung zu beseitigen, war eine bedeutungsvolle Aufgabe des neuen HGB. Diese hat es denn auch durch Aufnahme des äußerst wichtigen, der Sicherheit des Verkehrs entgegenkommenden § 5 zu lösen versucht. Er lautet:

„Ist eine Firma im Handelsregister eingetragen, so kann gegenüber demjenigen, der sich auf die Eintragung

1) Daher empfiehlt es sich nicht, den Minderkaufmann, wie es Thöl (Bd. 1 S. 146 § 39), Goldschmidt (S. 526 ff.) u. a. tun, den vom Handelsregister ausgeschlossenen Kaufmann zu nennen.

2) Vgl. darüber die Denkschr. in Hahn's Materialien Bd. 6 S. 203; Bolze Bd. 6 S. 245, Bd. 9 S. 333.

beruft, nicht geltend gemacht werden, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei oder daß es zu den in § 4 Abs. 1 bezeichneten Betrieben gehöre."

Die Stellung des Minderkaufmanns, der, ohne eingetragen zu sein, sich als Vollkaufmann geriert, haben wir kennen gelernt [3]). Hier handelt es sich darum, zu untersuchen, welche Folgen die Eintragung eines minderkaufmännischen Gewerbes für den Inhaber nach sich zieht.

Die weittragendste Bedeutung legt dem § 5 Schirrmeister [4]) bei. Er führt aus: „Jeder eingetragene Kaufmann ist Kaufmann;" m. a. W. die Eintragung schafft die Kaufmannseigenschaft [5]). Die bloße Geltung des Minderkaufmanns als Vollkaufmann ist für Schirrmeister vom Gesichtspunkte der Rechtssicherheit aus bedenklich. Dieser wird nach ihm nur dann voll Genüge getan, wenn die Registrierung die Kaufmannsqualität unbedingt erzeugt. „Man muß sich darauf verlassen können, daß jeder Gewerbetreibende, der im Handelsregister eingetragen ist, auch wirklich Kaufmann ist." Schirrmeister trennt in seinen Ausführungen nicht Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit des Firmeneintrags, während doch zwischen beiden strengstens unterschieden werden muß. Schließlich kommt es aber, auch abgesehen davon im praktischen Erfolge, auf das gleiche hinaus, ob jemand Vollkaufmann tatsächlich ist oder nur als solcher gilt. Schon das bloße Gelten würde dem Gebote der Rechtssicherheit voll Rechnung tragen. Schirrmeisters Standpunkt ist aber auch aus dem Grunde unverständlich, weil er in direktem Widerspruch mit § 5 steht. Denn dieser Paragraph hat anerkanntermaßen zur Voraussetzung, daß auch wirklich zum mindesten der Betrieb eines Gewerbes vorliegt. Ist ein

3) Gelegentlich der Behandlung der Firma.
4) In Goldschmidts ZHR. Bd. 49 S. 36 ff.
5) „Sola matricula facit mercatorem" S. 38 a. a. O.

Nichtgewerbetreibender, z. B. ein Arzt oder Künstler eingetragen, so greift § 5 nicht Platz und kann der Registereintrag allein ihn nicht zum Kaufmann machen. Wie könnte auch dieser bloße und dabei noch zu Unrecht vollzogene Formalakt in dieser Richtung irgendwie schöpferisch wirken!

Zu weit gehen auch diejenigen [6]), die dafür eintreten, § 5 fingiere, daß das eingetragene Gewerbe Großgewerbe sei. „Denn diese Fiktion würde zur Folge haben, daß der zu Unrecht eingetragene nicht nur als Kaufmann beziehentlich als Vollkaufmann *gilt*, sondern daß er Kaufmann und Vollkaufmann ist“ [7]). Ihr Wesen besteht aber doch darin, „daß der fehlende Tatbestand durch den Gesetzeswillen ersetzt und nunmehr die Rechtslage so behandelt werden soll, als sei der Tatbestand wirklich vorhanden“ [8]).

Der Minderkaufmann bleibt vielmehr trotz der Eintragung das, was er ist, nämlich Minderkaufmann; er *gilt* nur auf Grund von § 5 als Vollkaufmann; aber auch dieser Satz trifft nicht unbedingt und generell zu [9]). Der Minderkaufmann gilt vielmehr nur dann als Vollkaufmann, wenn er selbst oder irgend ein Dritter sich *auf die Eintragung beruft* [10]). Dies ist aber nicht notwendig der Fall. Denn die Geltendmachung der Registrierung kann sehr wohl vermieden, ja sogar z. B. unter mehreren solchen Pseudo-Vollkaufleuten vereinbarungsgemäß ausgeschlossen werden. § 5 spricht ausdrücklich von einer Berufung. Liegt diese nicht vor, so sind die Voraussetzungen des § 5 nicht

---

6) Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 158 A. 2 zu § 5; Makower S. 20; Lehmann-Ring Bd. 1 S. 43; Buchka-Oetker ZPO. S. 213.

7) Staub S. 77 A. 3 zu § 5.

8) Staub a. a. O.

9) A. M.: Staub a. a. O.; Bovensiepen S. 44; Ritter (Allgem. Lehren des Handelsr.) S. 21; Jakobsen S. 29.

10) So auch Helmecke S. 44; Zech S. 76; scheinbar auch Ritter, HGB. S. 16 A. 2 zu § 5 und S. 17 A. 4 zu § 5 und Plange S. 44.

erfüllt und gilt dann der Minderkaufmann trotz der Eintragung nicht als Vollkaufmann.

Das Wesen des § 5 besteht nun darin, daß der eingetragene für die Dauer des Eintrags im Falle der Berufung auf diesen als Vollkaufmann gilt, also alle zivilrechtlichen Vorschriften der Vollkaufleute auch für und gegen ihn zur Anwendung kommen. Dabei ist unerheblich, ob er selbst oder seine Kontrahenten seine tatsächliche Eigenschaft als Minderkaufmann kennen [11]). So kann er selbst mala fide rechtswirksam z. B. einen Prokuristen bestellen, wie umgekehrt bösgläubige Vertragsgegner ihn beispielsweise auf Grund eines auch nur mündlich gegebenen Schuldversprechens in Anspruch nehmen können. § 5 versagt dagegen eben die Einrede, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe ein minderkaufmännisches sei, und zwar selbst dann, wenn die Eintragung gegen den Willen des Betreffenden erfolgt ist. Gegen denjenigen allerdings, der die Eintragung dolos herbeigeführt hat, um dem anderen Teil dadurch widerrechtlich Schaden zuzufügen, z. B. die Möglichkeit der Herabsetzung einer Konventionalstrafe zu nehmen, ist die exceptio doli gegeben [12]).

Sehr bestritten ist nun die Frage, wie weit die in § 5 statuierte Gleichstellung des eingetragenen Minderkaufmanns mit dem Vollkaufmann geht, insbesondere, ob sie über das Gebiet des Privatrechts hinausreicht. Die Mehrzahl der Autoren [13]) vertritt den Standpunkt, daß § 5 auch für die mit dem Privatrecht zusammenhängenden, zu

---

11) Die Bedeutung der Eintragung hier ist also weit größer als die der grundbücherlichen. Denn diese kommt nur dem Gutgläubigen zustatten.

12) Vgl. Lehmann-Ring Bd. 1 S. 43 Nr. 2 zu § 5.

13) Staub S. 74 A. 4 zu § 5; Lehmann-Ring Bd. 1 S. 44 Nr. 2 zu § 5; Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 161 A. 11 zu § 5; Goldmann S. 36; Makower S. 36; Ritter, HGB. S. 16 A. 2 zu § 5; Buchka-Oetker S. 214; Schirrmeister Bd. 48 S. 41.

dessen Durchführung bestimmten prozessualen Vorschriften gelte.

Dieser Ansicht kann jedoch keineswegs beigetreten werden [14]). Denn eine handelsrechtliche Vorschrift wie § 5 kann in ihrer Tragweite niemals aus den handelsrechtlichen und überhaupt zivilrechtlichen Grenzen heraustreten. Das Handelsgesetzbuch normiert Handelsrecht und muß sich jeglicher Gestaltung öffentlichen Rechts enthalten, da es sonst seine Kompetenz überschreiten würde. Auf die öffentlichrechtlichen Beziehungen des Minderkaufmanns kann § 5 daher keinen Einfluß haben. Die Denkschrift [15]) spricht ausschließlich von einer Wirkung hinsichtlich der privatrechtlichen Verhältnisse und beugt ausdrücklich vor: „Für das Gebiet des öffentlichen Rechts darf dem äußerlichen Umstande, daß die Eintragung erfolgt ist, maßgebende Bedeutung nicht beigelegt werden".

Die Kontroverse wird wichtig, wenn der Pseudo-Vollkaufmann unter seiner von ihm gebrauchten „Firma" klagt oder verklagt wird. Zumeist wird der Prozeßrichter die Eintragung gelten lassen, denn in den allermeisten Fällen wird der Richter nicht an der Rechtsgültigkeit der Eintragung zweifeln. Tauchen ihm aber Zweifel über die Berechtigung auf, so hat er genau nachzuprüfen, ob der Firmeninhaber auch wirklich Vollkaufmann ist. Von dieser Verpflichtung enthebt ihn § 5 nicht, denn die Frage nach der Berechtigung der Firmenführung gehört dem Prozeßrechte und somit dem öffentlichen Rechte an [16]).

Dagegen wendet Schirrmeister [17]) ohne jegliche juristische Beweisführung ein, daß, wenn dem Eintrag nicht

---

14) So auch Bovensiepen S. 45; von Göppert in Goldschmidts ZHR. Bd. 47 S. 268; vgl. Dresd. Rspr. Bd. 4 S. 203.

15) Vgl. Denkschr. in Hahns Mat. Bd. 6 S. 203.

16) Vgl. Göppert a. a. O.

17) Schirrmeister a. a. O.

auch für das Prozeßrecht Geltung zukäme, die durch § 5 beabsichtigte Erhöhung der Verkehrssicherheit illusorisch gemacht würde. Dem ist mit Bovensiepen [18]) entgegenzuhalten, daß im Gegenteil gerade die Möglichkeit doppelter genauer Prüfung der Vollkaufmannsqualität, einmal vor und bei der Eintragung ins Handelsregister und dann bei der Prozeßführung wegen des Firmengebrauchs die Rechtssicherheit nur fördern und verstärken kann.

Griffe die Bestimmung des § 5 auf öffentliches Recht über, so würde der Pseudo-Vollkaufmann formell auch Handelsrichter sein können [19]). Tatsächlich sind aber alle unter Mitwirkung eines solchen Scheinkaufmanns gefällten Urteile als von einem iudex inhabilis gefällt, nichtig. Gewiß verlangt der Wortlaut des § 113 GVG. nur „Personen, die ins Handelsregister eingetragen sind", allein das ist, durch restriktive Interpretation zweifellos nur auf rechtmäßig Eingetragene zu beschränken. Denn sonst könnte ja jeder durch Herbeiführung seiner Eintragung sich das Handelsrichteramt erschleichen.

Darüber, daß § 5 keine Bedeutung für das Strafrecht hat, herrscht in der Literatur Einigkeit. Also nur in prozessualer Hinsicht und bei denjenigen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen, die ausdrücklich ihre Wirkung an die Eintragung knüpfen, soll die irrtümliche Registrierung maßgebend sein, für das übrige Gebiet des öffentlichen Rechtes dagegen nicht. Ganz abgesehen davon, daß die Vertreter dieser Ansicht sämtlich jede Begründung für ihre zwiespältige Ansicht bezüglich des Prozeß- und Strafrechtes schuldig bleiben, widerlegt sich ihre Auffassung von selbst durch die Willkür in der verschiedenen Beurteilung der einzelnen Disziplinen des öffentlichen Rechts.

---

18) S. 46.

19) Diese Ansicht vertritt Staub a. a. O.; Lehmann-Ring a. a. O.; Düringer-Hachenburg a. a. O.

Gerät der Pseudo-Vollkaufmann in Konkurs, so kann der Strafrichter ihn als Bankrotteur auf Grund von §§ 239, Ziff. 3 und 240, Ziff. 3 KO. nicht zur Verantwortung ziehen. Das Gericht hat völlig unabhängig von dem Firmeneintrag zu entscheiden.

Wegen Verstoßes gegen § 1 des sog. Depot-Gesetzes hat der Minderkaufmann ebenfalls keine strafrechtliche Verfolgung zu befürchten.

Keine Bedeutung hat ferner § 5 für das Steuer- und Gewerberecht [20]), sowie für die Beitragspflicht zur Handelskammer [21]).

Innerhalb des Zivilrechts kommt dagegen, wie erwähnt, § 5 voll zur Geltung. Eine einzige Ausnahme hiervon bildet § 53 Börs.-Ges., nach dem Börsentermingeschäfte dann verbindlich sind, wenn beide Vertragschließende eingetragen sind; ist einer von ihnen eine Person, „deren Gewerbebetrieb über den Umfang des Kleingewerbes nicht hinausgeht", so kann sich niemand auf die formelle Kraft der Eintragung stützen. Also sowohl der zu Unrecht eingetragene, wie auch sein börsenterminsfähiger Vertragsgegner können trotz der Bestimmung des § 5 Ansprüche aus Börsentermingeschäften mit dem Einwande zurückschlagen, daß es sich bei der Person eines Kontrahenten um einen Minderkaufmann handele.

Andere Exemtionen von § 5 zu machen, ist unzulässig. Daher irrt Staub [22]), wenn er den § 22 auf den eingetragenen Minderkaufmann für nicht anwendbar erklärt, d. h. diesem das Recht abspricht, seine „Firma" mit dem Geschäfte zu veräußern. Warum sollte der Pseudo-Vollkaufmann, allen vollkaufmännischen Vorschriften unter-

---

20) Vgl. Ritter, HGB. S. 16 A. 2 zu § 5; Lehmann-Ring Bd. 1 S. 44 Nr. 2 zu § 5; Düringer-Hachenburg S. 162 A. 13 zu § 5.

21) Vgl. Preuß. OVG. in DJZ. 1903 S. 107.

22) S. 135 A. 3 zu § 22 und RG. Bd. 25 S. 4.

worfen, nur diesem einzigen § 22 nicht unterstellt sein?! Man muß vielmehr sagen: das Firmenrecht geht über [23]), allerdings mit den Mängeln, die ihm beim bisherigen Geschäftsinhaber anhafteten. Der Erwerber hat also jederzeit eine Löschung der Firma zu gewärtigen. Die Mängel können auch nicht durch die Gutgläubigkeit des Erwerbers gedeckt werden. Denn der Grundsatz des guten Glaubens kann für das Firmenrecht, wenn überhaupt, nur bei Eigentumserwerb und Verlust [24]) einer zu Recht begründeten Firma eine Rolle spielen, sicher aber nicht bei Aufhebung der Folgen der unrechtmäßigen Begründung einer Firma [25]). Die bloße Rücksicht auf die Verkehrssicherheit [26]) vermag zu anderer Ansicht nicht zu bekehren. Denn sonst könnte derjenige, der eine Firma dem Gesetze zuwider begründet, sich dadurch Gewinn verschaffen, daß es ihm gelingt, für sie einen gutgläubigen Erwerber zu finden und sie so zu einer gültigen zu machen.

Die privatrechtliche Wirkung der irrtümlichen Eintragung fällt weg mit der Löschung [27]). Denn der Zustand des Eingetragenseins, nicht die Tatsache des Eingetragen-worden-seins, wie in § 2, ist Voraussetzung des § 5. Die Beseitigung der Registrierung kann der Firmeninhaber, sowie jeder Dritte veranlassen. Das Registergericht hat, sobald es von der Unrechtmäßigkeit der Eintragung erfährt, diese von amtswegen zu beseitigen (§ 142 FGG.). Ihm gegenüber findet eine Berufung auf den Firmeneintrag nicht statt [28]).

---

23) Vgl. Goldmann S. 19; Düringer-Hachenburg S. 233 A. 2 zu § 22.

24) Bezieht sich auf das Preuß. Allgem. Landrecht.

25) RG. Bd. 25 S. 5; JW. 1903 S. 342; Holdheim 1906 S. 313.

26) So die Entschd. des ehem. preuß. Ob.Tr., abgedruckt im Busch.Arch. f. HR. Bd. 23 S. 228 ff.

27) Vgl. Denkschr. Bd. 2 S. 3149.

28) Staub S. 78 A. 5 zu § 5; Goldmann Bd. 1 S. 36; Lehmann-Ring Bd. 1 S. 44 Nr. 2 zu § 5.

Durch den Prozeßrichter ist die Löschung nicht zu erwirken. Der Weg einer Klage gegen den Minderkaufmann auf Löschung der Firma oder einer Feststellungsklage, daß er in Wahrheit nicht Vollkaufmann sei, ist verschlossen.

Betont sei noch, daß mit der Eintragung allein ohne hinzukommende Bekanntmachung die erwähnte Wirkung eintritt. Daran ändert auch § 15 nichts. Die an diese Vorschrift geknüpfte Folgerung [29]), daß der Dritte sich die nicht veröffentlichte Eintragung nicht entgegenhalten zu lassen braucht, wenn sie ihm nicht bekannt war, ist unrichtig [30]). Denn die Grundlage von § 15 ist eine „einzutragende", d. h. eine eintragungs p f l i c h t i g e Tatsache. „Eintragungspflichtig" ist die Registrierung eines Minderkaufmanns aber nimmermehr; sie ist und bleibt unrechtmäßig und ist damit gerade das Gegenteil von eintragungspflichtig, d. h. eintragungsfeindlich. Bei richtiger Rechtsanwendung soll ja gerade der Minderkaufmann nicht Aufnahme im Handelsregister finden. Dann aber kann die Qualifizierung eines Gewerbes als vollkaufmännisches Handelsgewerbe in § 5 auch keineswegs als eine „Tatsache" im Sinne von § 15 angesehen werden. Denn wir haben es hier mit einer Rechtsfrage, nicht mit einer Tatfrage zu tun [31]).

Ganz einflußlos ist § 15 auf § 5 aber doch nicht. Er kommt für die Löschung der Firma in Betracht, weil diese eintragungs p f l i c h t i g ist [32]). Ein Dritter muß sie daher

---

29) So Staub S. 78 A. 6 zu § 5; Düringer-Hachenburg S. 197 A. 11 zu § 15; Lehmann-Ring S. 44 Nr. 2 zu § 5; Goldmann S. 35; Ritter, HGB. S. 16 A. 2 zu § 5 und S. 29 A. 4 zu § 15; Ehrenberg in Jherings J. Bd. 47 S. 308; Geiler, Zur Publizität des Handelsregisters i. Lpz.Ztg. 1907 S. 490 ff.; Weiß S. 40.

30) Vgl. Bovensiepen S. 47; Bang S. 90; Düringer i. Recht 1900 S. 93.

31) Vgl. Düringer a. a. O.

32) Vgl. ROHG. Bd. 20 S. 210; A. M.: ohne Begründung Ritter, HGB. S. 29 A. 1 zu § 15.

nur dann gegen sich gelten lassen, wenn sie publiziert oder ihm bekannt war.

§ 13.

Die Gesellschaften der Minderkaufleute.

Nicht selten finden sich in der Tagespresse und in Fachzeitschriften Vorschläge zur wirtschaftlichen Vereinigung von Minderkaufleuten zu gemeinschaftlichem Geschäftsbetrieb. Die interessierten Kreise versprechen sich dadurch einen Gegendruck auf die schwere Konkurrenz der Großbetriebe, insbesondere der modernen Magazine ausüben zu können. In dieser Richtung sagt das HGB. (§ 4 Abs. 2), daß durch den Zusammenschluß eines Handwerks oder eines Kleingewerbes eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft nicht begründet werden kann. Das ergibt sich schon aus § 4 Abs. 1 [1]). Denn diese Gesellschaftstypen fordern Betrieb unter gemeinsamer Firma (§§ 105, 161) [2]). Dem Minderkaufmann aber ist das Firmenrecht gerade verschlossen.

Es fragt sich nun, welch andere Sozietätsformen zu diesem Zwecke den Minderkaufleuten zu Gebote stehen. Ohne weiteres sind ihnen zugänglich diejenigen Gesellschaften, die selbst Träger der Kaufmannsqualität sind (die sogen. Formkaufleute). Hierher gehören die Aktiengesellschaften, die Aktien-Kommanditgesellschaften, die Gesellschaften m. b. H., sowie die Erwerbs- und Wirtschafts-Genossenschaften [3]). Diese Rechtsgebilde sind vom Gesetz auf

---

1) Daher erscheint Abs. 2 des § 4 überflüssig.

2) Vgl. Lpz.Ztg. 1907 S. 283.

3) Die drei ersten Gesellschaftsarten sind Handelsgesellschaften und damit gemäß § 6 Abs. 1 als Kaufleute anzusehen; die vierte Art ist eine Gesellschaft des Handelsrechts. Sie wird in § 17 Abs. 2 des Gen.G. vom 1. 5. 1889 zum Kaufmann erklärt. Da nun alle vier die Voraussetzung des § 6 Abs. 2, nämlich daß ihnen

so spezifisch kaufmännischen Boden aufgebaut, daß sie unter allen Umständen, also unabhängig davon, ob sie sich aus Voll-, Minder- oder gar Nichtkaufleuten zusammensetzen, als solche Vollkaufleute sind (§ 6 Abs. 2).

Weiter kann eine Reederei ausschließlich aus Minderkaufleuten bestehen. Denn ihr Betrieb ist, wenn auch meist, nicht einmal notwendig, ein kaufmännischer (§ 489)[4]). Soweit sie ihren Erwerb in Personen- oder Güterbeförderung zur See sucht, sind die einzelnen Reeder zwar Kaufleute. Hat die Reederei aber z. B. Robben-, Walfischfang oder Hochsee-, Schwamm-, Perlenfischerei[5]) zum Gegenstand, so ist sie kein Grundhandelsgewerbe und erzeugt selbst nicht die Minderkaufmannsqualität.

Auch bei der stillen Gesellschaft (§ 335 ff.) kann jeder Beteiligte Minderkaufmann, der „stille" sogar Nichtkaufmann sein (§ 335). Ebenso kann ein Minderkaufmann einem Vollhandelsgewerbe als „stiller" Teilhaber beitreten.

Alle übrigen korporativen Vereinigungen von Minderkaufleuten werden zumeist in Form der schlichten bürgerlichen Gesellschaft auftreten. Obgleich sie sich mit dem Betrieb eines Handelsgewerbes beschäftigen, beurteilen sich ihre Rechtsverhältnisse nach §§ 705 ff. BGB.[6]). Dabei ist jedoch zu erinnern, daß nur die Vereinigung selbst dem Handelsrecht nicht untersteht; der Charakter der abgeschlossenen Geschäfte als Handelsgeschäfte gemäß § 343 bleibt trotzdem gewahrt[7]). Denn die einzel-

„das Gesetz ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Eigenschaft eines Kaufmanns beilegt", erfüllen, so sind sie Vollkaufleute.

4) Sie ist weder juristische Person noch Handelsgesellschaft.

5) Vgl. Schaps S. 10 A. 9 zu § 1 des Ges. betr. die National. der Kauffahrteischiffe usw.

6) Vgl. ROHG. Bd. 2 S. 423; Hahn S. 45; Goldschmidt S. 525 ff. A. 33; Behrend S. 194.

7) Vgl. RG. Bd. 9 S. 80, Bd. 47 S. 227.

nen Gesellschafter sind Kaufleute, wenn auch nur Minderkaufleute. Ihnen, nicht der Gesellschaft steht die Minderkaufmannsqualität zu.

Anders dagegen gestaltet sich die Rechtslage in dem zwar nicht unmöglichen [8]), aber gleichwohl seltenen Falle, daß die Verbindung die Gestaltung des rechtsfähigen Vereins annimmt. Dann ist der Verein als solcher Minderkaufmann [9]).

Unbenommen bleibt es den Minderkaufleuten, die handelsrechtlichen Normen über offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft insoweit mit Wirkung unter sich zu vereinbaren, als sie dispositiver Natur sind [10]). So werden sie z. B. ihr Verhältnis nach innen im wesentlichen nach den Vorschriften der offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft gestalten oder ihnen auch nur einiges etwa die Gewinnverteilung oder Zinspflicht der Sozien der Gesellschaft gegenüber entnehmen können.

Tritt eine Sozietät von Minderkaufleuten auch im Verkehr nach außen als offene Handelsgesellschaft auf, so ist die Rechtslage die gleiche, wie wenn ein Einzel-Minderkaufmann sich als Vollkaufmann geriert [11]).

Die Schranken des § 4 fallen, eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft kann begründet werden, wenn sich Minderkaufleute zum Weitervertrieb ihres alten Gewerbes vereinen und dieses dadurch über den Umfang des Kleingewerbes hinauswächst [12]). Das wird bei dem Zusammenschluß von Kleingewerbetreibenden der Regelfall sein. Nicht dagegen schlechthin bei Handwerker-

8) So Gareis, HGB. S. 23 A. 10 zu § 4.

9) Vgl. § 50 ZPO.

10) Vgl. Staub S. 74 A. 26 und S. 76 A. 29 zu § 4; Düringer-Hachenburg S. 155 A. 14 zu § 4; Lehmann-Ring S. 42 Nr. 10 zu § 4; Makower S. 32; Behrend S. 194.

11) Vgl. Dresd. Rechtspr. Bd. 4 S. 202; Sächs.Arch. Bd. 94 S. 183; auch RG. Bd. 50 S. 154; Recht 1908 S. 492.

12) Vgl. Plange S. 24; Weiß S. 37 A. 5.

assoziationen. Denn ihr Unternehmen wird trotz großen Umfanges Mindergewerbe bleiben, da die bloße Vereinigung das handwerksmäßige Gepräge nicht beseitigen kann.

§ 14.

Vollkaufmann und Minderkaufmann in einer Person.

Die Frage, ob jemand zugleich Vollkaufmann und Minderkaufmann sein kann, war lange Zeit sehr bestritten. Möglich ist eine solche kaufmännische Doppelgestalt nur, wenn dieselbe Person zwei oder mehr tatsächlich voneinander unabhängige und gesonderte Gewerbe hat, von denen das eine bei Einzelbetrieb ihn zum Vollkaufmann, das andere zum Minderkaufmann machen würde.

Verneint wird die Möglichkeit einer solchen Personalunion von Goldschmidt [1]) und Gareis [2]); letzterer will Art. 10 bez. § 4 nur auf die Personen angewandt wissen, die ausschließlich eines oder mehrere der dort aufgeführten Gewerbe betreiben. Wenn der Unternehmer durch den Betrieb eines Vollhandelsgewerbes Vollkaufmann wäre, so habe er diese Eigenschaft in vollem Maße schlechthin auch für das daneben unterhaltene minderkaufmännische Geschäft. Nach Goldschmidts Ansicht ist „der Kaufmannsstand und ebenso der Vollkaufmannsstand unteilbar“ [3]).

Zutreffend hebt dagegen Behrend [4]) hervor, daß die Eigenschaft des Kaufmanns, beziehentlich Vollkaufmanns nicht als Standeseigenschaft aufzufassen ist. Die Stellung eines Kaufmanns ist nicht wie die eines homo sui und alieni juris, dem als rechtliche Qualifikation eine individua causa zukommt.

---

1) Goldschmidt S. 533.

2) S. 24 Abs. 12 zu § 4.

3) Ihnen folgt OLGE. Marienwerder vom 27. 4. 1894 in Goldschmidts ZHR. Bd. 46 S. 466.

4) S. 194 f.

Aber auch die Gründe, auf die Goldschmidt [5]) sich stützt, sind nicht beweiskräftig. Besonders starke Bedenken hegt er bezüglich der Stellung eines Prokuristen in einem solchen Falle; da die von einem Vollkaufmann erteilte Prokura sich auf alle Arten von Geschäften und Rechtshandlungen erstrecke (Art. 42 altes HGB. § 49 HGB.), die der Betrieb irgend eines Handelsgewerbes mit sich bringt, so hätte der Vollkaufmann contra legem einen Prokuristen auch für das minderkaufmännische Gewerbe. Diese Gedankenführung übersieht jedoch vollständig, daß getrennte Unternehmen auch getrennte Beurteilung erfordern. Behrend [6]) führt gegen Goldschmidt mit Recht aus, daß der von einem Vollkaufmann bestellte Prokurist eben nur Prokurist des Vollkaufmanns, nicht des Minderkaufmanns ist. Daran ändert auch nichts, daß der Prokurist kraft seiner weitgehenden Befugnisse berechtigt ist, außerhalb des eigentlichen Gewerbebetriebs auch in jedem andern, also auch in dem minderkaufmännischen Betriebe tätig zu werden. Denn für dieses handelt er nicht als Prokurist, sondern als kaufmännischer Angestellter des Unternehmens [7]).

Auch die weitere Begründung Goldschmidts überzeugt nicht. Da der Vollkaufmann zur Aufzeichnung aller seiner Handelsgeschäfte verpflichtet sei, müsse ein Sortiments- und Verlagsbuchhändler also auch für das etwa außerdem geführte Antiquariatsgeschäft Bücher führen. Diese Ansicht würde nur richtig sein, wenn zwei nicht voneinander getrennte Betriebe vorlägen. Ist dies aber der Fall, so entfällt die Notwendigkeit der Buchführung für das minderkaufmännische Unternehmen und besteht nach allgemeinen Grundsätzen nur insoweit, als das Ergebnis des Klein-

---

5) Goldschmidt a. a. O.
6) Behrend a. a. O.
7) Vgl. Bang S. 77.

betriebs in die Bücher des Großbetriebs zur Gesamtvermögensübersicht einzutragen [8]) ist.

Goldschmidt [9]) und Gareis [10]) geben selbst folgewidrig zu, daß der Vollkaufmann zugleich ein Etablissement haben kann, für welches er tatsächlich keine Firma führt; bezüglich der Firma bekennen sie sich also selbst zu der Möglichkeit einer Trennung und zeigen damit die Unhaltbarkeit ihres Standpunktes.

Thöl [11]) steht insoweit in Widerspruch mit unserer Ansicht, als er die Frage nach Minderkaufmann und Vollkaufmann in einer Person nur dann bejaht, wenn die Geschäfte unter verschiedenen „Firmen" betrieben werden. Er verlegt damit zu Unrecht den Schwerpunkt auf etwas ganz nebensächliches.

Gewichtige Bedenken können sich gegen die Möglichkeit, Vollkaufmann und Minderkaufmann zugleich zu sein, nicht erheben. Sie wird daher jetzt auch größtenteils anerkannt [12]). Das Gesetz selbst gibt in § 3 zu, daß eine solche Konstellation angängig ist, z. B. ein Kohlenhandel neben Bergwerksbetrieb [13]). Denn wenn eine Vereinigung von Vollkaufmann und Nichtkaufmann in einer Person zulässig [14]) ist, um wieviel mehr muß da an die Möglichkeit des Zusammentreffens von Voll- und Minder-

---

8) Vgl. dazu RGSt. Bd. 5 S. 407 ff., Bd. 25 S. 171.

9) Goldschmidt a. a. O.

10) Gareis a. a. O.

11) Bd. 1 S. 137.

12) RGSt. Bd. 4 S. 281 ff.; Staub S. 76 A. 30 zu § 4; Lehmann-Ring Bd. 1 S. 40 Nr. 5 zu § 4; Makower Note II zu § 4 S. 18 in Verbindg. mit II F zu § 1 S. 3 f.; Ritter S. 15; Cosack S. 48; Bovensiepen S. 32; Weiß S. 38; so auch schon Behrend S. 194 A. 17; Hahn S. 112 § 7 zu A. 10; Anschütz-Völderndorff Bd. 1 S. 72; Puchelt-Förtsch Bd. 1 S. 36; Immerwahr S. 41.

13) Vgl. ROHG. Bd. 11 S. 343, 387.

14) Diese Möglichkeit bejahten schon früher: Gareis-Fuchsberger S. 17; v. Hahn S. 18 u. a.

kaufmann — einen doch bei weitem gelinderen Gegensatz — geglaubt werden. Diese Duplizität ist nicht einmal auffällig, denn sie tritt auch anderweit häufig in Erscheinung und erfährt allgemein Billigung. „So z. B., wenn ein Arzt gleichzeitig Inhaber oder Mitinhaber eines Handelsgeschäfts ist, alsdann sind nur die hierauf bezüglichen Geschäfte Handelsgeschäfte, nicht auch eine hiermit nicht zusammenhängende rechtserhebliche Erklärung“ [15]).

Die Vereinigung von Vollkaufmann und Minderkaufmann in einer Person entspricht auch ganz dem Bedürfnisse des täglichen Lebens. Man denke: ein Fleischermeister gewinnt einige Hunderttausend in der Lotterie und beteiligt sich damit als Mitglied an einer offenen Handelsgesellschaft. Soll er jetzt dadurch gezwungen sein, für den Fleischerladen, obgleich er ihn in der alten Weise fortführt, Bücher zu führen?! Das läge weder in seinem, noch der offenen Handelsgesellschaft, noch der Allgemeinheit Interesse. Denn dem Publikum ebenso, wie der Handelsgesellschaft wird es gleichgültig sein zu wissen, ob die Fleischerei einen monatlichen Reingewinn von 150 oder 200 M. bringt.

Es sei nochmals hervorgehoben, daß die hier anstehende Frage nur dann praktisch wird, wenn wirklich zwei oder mehrere völlig voneinander unabhängig organisierte und getrennte Betriebe vorliegen. Wann diese Voraussetzung gegeben ist, ist von Fall zu Fall zu entscheiden. Jedenfalls kann der Betrieb beider Unternehmen unter gemeinschaftlicher Firma ebensowenig, wie in ein und demselben Etablissement schlechthin als maßgebend bezeichnet werden.

Sind die mehreren Gewerbe nicht voneinander geschieden, sondern hängen sie innerlich zusammen, so darf rechtlich nicht das zerrissen werden, was wirtschaftlich ein in sich geschlossenes Ganze darstellt. Die Beurteilung

---

15) Staub S. 76 A. 30.

richtet sich dann nach der Hauptsache. Die Weingroßhandlung, der eine kleine Weinprobierstube angegliedert, die Verlagsanstalt, mit der eine handwerksmäßige Druckerei verbunden ist, der Möbelverkaufgroßbetrieb, zu deren Unterstützung eine Schreinerwerkstatt dient, begründet lediglich die Vollkaufmannseigenschaft [16]).

16) Vgl. Staub a. a. O.; Busch-Arch. Bd. 45 S. 361; Bovensiepen S. 33.